

**Protección Internacional de Grupos Étnicos:
Derechos de Minorías Nacionales y de Pueblos Indígenas.**

Comparación entre los Gitanos en España y los *Mapuche* en Chile.

María José Andrade Martínez

Tesis Doctoral

Dirección:

Dr. Alejandro Torres Gutiérrez

Dr. Jorge Urdánoz Ganuza

Pamplona, 2018

A mi madre, lo más grande que hay en el mundo.

A mi Pedro, la luz más brillante del mío.

A Gustavo, mi cable a tierra y mi viaje al cielo.

Agradecimientos

Esta investigación no es sólo un trabajo *sobre* ciertos grupos, sino que además, aunque sea sólo mi nombre el que aparece en su autoría, ha sido realizada de una forma acorde al tema, pues francamente es producto de un esfuerzo colectivo: en ella han participado muchas personas de distintas maneras, y sería muy injusto de mi parte no reconocerles al menos parte del mérito que tienen. En primer lugar, y siguiendo el ejemplo de gitanos y *mapuche*, este trabajo se ha organizado en torno a la familia, que es lo máspreciado que tengo. Por eso, infinitas Gracias...

A Gustavo, mi compañero de rutas, de bibliotecas pamplonicas y de proyectos... mi compañero de vida. Me ha acompañado en cada etapa de este largo proceso, y sin su ayuda, su ánimo, sus consejos y su compañía, muy difícilmente lo habría concluido.

A Pedrito, por ser el impulso para todo, mi mayor motivo para continuar el camino. Por aparecerse en la ventana de mi escritorio apoyando sus manitas en el cristal y preguntándome cuánto me falta para terminar de trabajar. Algún día sabrá que ése era justamente el modo más efectivo para hacerme teclear más rápido, y así poder ir a jugar juntos.

A mis padres, mis superhéroes, por un apoyo incondicional casi sin preguntas pero lleno de tiempo y dedicación. Por la tranquilidad que me han dado siempre, de saber que tengo en quien descansar en todo momento, y de cuidar mejor que nadie de mi Pedro mientras me quedo avanzando en la tesis.

Mi más sincera gratitud también a mis directores de tesis, los profesores Dr. Alejandro Torres y Dr. Jorge Urdániz, quienes no sólo han leído muy atentamente hasta la última coma de este trabajo, y contribuido a mejorarlo sustancialmente con sugerencias muy acertadas. Además, han simplificado en gran medida sacar adelante el doctorado a pesar de la distancia, teniendo la mejor disposición para organizar seminarios y cumplir con los requisitos necesarios en los plazos exigidos.

A la Universidad Pública de Navarra, por apostar por este proyecto y posibilitar su desarrollo, así como la rápida y eficiente asistencia que he recibido siempre de parte de la Escuela de Doctorado cuando la he necesitado.

A Pamplona, no sólo mi segundo hogar sino la ciudad natal de mi hijo; lugar que siempre me recibe con los brazos abiertos, en sus parques y calles que tanto he recorrido en bicicleta, y en los corazones y hogares de amigos que también se ha convertido en familia: Irantzu, Karol, Pato, Paula, Raquel y Yorma, volver a Iruña a verles ha sido también una gran motivación para terminar este proceso.

Finalmente, quiero agradecer también a la Universidad Autónoma de Chile, que desinteresadamente me ofreció su biblioteca y la oportunidad de realizar una estancia de investigación en ella, facilitando de ese modo mi trabajo.

Índice

	<i>Página</i>
Agradecimientos	7
Índice	9
Abreviaturas y siglas	15
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO 1	
PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS NACIONALES	
1. NACIONALISMO, ESTADO-NACIÓN Y MINORÍAS NACIONALES	27
2. ORÍGENES DEL DERECHO DE MINORÍAS	33
3. DESARROLLO E INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE MINORÍAS	39
3.1 DERECHOS DE MINORÍAS BAJO LA SOCIEDAD DE NACIONES	39
3.2 DERECHOS DE MINORÍAS EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEA	42
3.2.1 La Sociedad Internacional Contemporánea y su Orden Jurídico	43
3.2.2 Los Primeros Instrumentos de Naciones Unidas	54
3.2.3 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	58
a) Derecho a la identidad cultural	59
b) Limitaciones del instrumento	62
c) Valoración general	65
3.2.4 Otros instrumentos de Naciones Unidas	65
3.2.5 Derechos de minorías post Guerra Fría: la Declaración sobre Minorías	68
3.2.6 El contenido de los derechos protegidos a las minorías nacionales	71
4. DERECHO DE MINORÍAS NACIONALES EN EUROPA	83
4.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE MINORÍAS EN EUROPA	88
4.2 DERECHOS DE MINORÍAS NACIONALES EN LAS TRES ESFERAS GEO-JURÍDICAS EUROPEAS	88
4.2.1 Unión Europea	88
4.2.2 Consejo de Europa	91

a)	Convenio Europeo de Derechos Humanos	92
b)	Carta Social Europea Revisada	94
c)	Carta Europea para las Lenguas Regionales y Minoritarias	95
d)	Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales	96
4.2.3	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa	102

CAPÍTULO 2

LA MINORÍA ROMANÍ EN EUROPA Y LOS GITANOS EN ESPAÑA

1.	LA MINORÍA ROMANÍ EN EUROPA	109
1.1	INTRODUCCIÓN	109
1.2	ORÍGENES Y CONTEXTO HISTÓRICO	115
1.3	CONDICIONES ACTUALES: INEFICACIA DEL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS	122
1.4	EL “LIMBO LEGAL” DE LA MINORÍA ROMANÍ Y SU RECONOCIMIENTO JURÍDICO	127
1.4.1	Tipos de reconocimiento jurídico de los romaníes en Europa	131
1.4.2	Legislación sobre los romaníes en Europa	137
a)	Unión Europea	137
b)	Consejo de Europa	142
c)	Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa	149
2.	LA MINORÍA ROMANÍ EN ESPAÑA: LOS GITANOS	153
2.1	INTRODUCCIÓN	153
2.2	CONTEXTO HISTÓRICO Y EVOLUCIÓN JURÍDICA	156
2.3	MARCO NORMATIVO ACTUAL	170
2.3.1	Legislación estatal	170
2.3.2	Tratados internacionales	172
a)	Obligaciones de España bajo el CMPMN	172
b)	Obligaciones de España bajo la CELRM	176
c)	Obligaciones de España bajo la Carta Social Europea	180
2.3.2	Legislación autonómica	180
2.3.3	Reconocimiento del matrimonio gitano y sus posibles efectos civiles	187
a)	La Sentencia del TEDH en el asunto Muñoz Díaz c. España	187
b)	Los Efectos de la Sentencia del TEDH en la Jurisprudencia Española	191
c)	El Rol del Matrimonio en la Cultura Gitana	196
d)	El Posible Reconocimiento de los Efectos Civiles del Matrimonio Gitano	198

CAPÍTULO 3
PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1.	INTRODUCCIÓN	207
2.	EL CONCEPTO DE “PUEBLO INDÍGENA”	209
2.1	EL CONCEPTO DE “PUEBLO”	209
2.2	EL CONCEPTO DE “INDÍGENA”	210
2.3	EL CONCEPTO DE “PUEBLO INDÍGENA”	211
2.3.1	Propuestas doctrinales	213
2.3.2	Propuestas de los Estados	215
2.3.3	Propuestas de organizaciones internacionales	218
2.3.4	Propuestas indígenas	219
2.3.5	Síntesis: atributos de un pueblo indígena	220
2.4	LA RELACIÓN ENTRE PUEBLOS INDÍGENAS Y MINORÍAS NACIONALES	221
3.	LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL ESTADO	225
3.1	RELACIONES ENTRE LOS ESTADOS Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS	225
3.2	POLÍTICAS ESTATALES SOBRE INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA	228
3.3	DEMANDAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: TIERRAS Y PARTICIPACIÓN	232
4.	DERECHO INTERNACIONAL SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS	237
4.1	ANTECEDENTES HISTÓRICOS	237
4.2	DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS INDÍGENAS	238
4.2.1	Convención contra el Genocidio	239
4.2.2	Convención contra la Discriminación Racial	241
4.2.3	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	241
4.2.4	Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas	242
4.2.5	Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas	244
4.2.6	Relator Especial sobre los Derechos Indígenas	244
4.2.7	Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	245
4.2.8	El Mecanismo de Expertos	247
4.2.9	Otros instrumentos internacionales	247
4.3	EL CONVENIO Nº 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO	249
4.3.1	Antecedentes históricos y aspectos generales	249
4.3.2	El concepto de pueblo indígena en el Convenio nº 169 de la OIT	251
4.3.3	Los derechos protegidos por el Convenio	252
4.3.4	Mecanismos de aplicación	255

4.3.5	Limitaciones del Convenio	256
4.3.6	Valoración de conjunto	257
4.4	EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	258
4.4.1	Antecedentes históricos	259
4.4.2	Aplicación del derecho de autodeterminación a los pueblos indígenas	262
5.	EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS	267
5.1	ANTECEDENTES HISTÓRICOS	267
5.2	DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE	268
5.3	CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	268
5.4	COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	269
5.5	CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	270
5.5.1	Derecho a la vida	272
5.5.2	Derecho a la propiedad de la tierra y sus recursos	273
5.5.3	El derecho a la participación política	282
5.5.4	El derecho a la consulta previa	284
5.6	LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	286
5.7	PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS: FALTA DE VOLUNTAD POLÍTICA	295

CAPÍTULO 4 LOS DERECHOS DEL PUEBLO *MAPUCHE* EN CHILE

1.	INTRODUCCIÓN	295
2.	HISTORIA DEL PUEBLO <i>MAPUCHE</i> Y SU RELACIÓN CON EL ESTADO DE CHILE	301
2.1	ORÍGENES Y ENCUENTRO CON LOS ESPAÑOLES	301
2.2	EL PUEBLO <i>MAPUCHE</i> Y EL NUEVO ESTADO DE CHILE	309
2.2.1	El pueblo <i>mapuche</i> y la formación del nuevo Estado independiente	309
2.2.2	La exclusión del <i>mapuche</i> y la ocupación de La Araucanía	313
2.2.3	El pueblo <i>mapuche</i> en el Chile del siglo XX	321
2.2.4	Promesas no cumplidas y radicalización del conflicto	328
2.3	BALANCE HISTÓRICO DE LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y EL PUEBLO <i>MAPUCHE</i>	332
3.	LAS DEMANDAS DEL PUEBLO <i>MAPUCHE</i> EN CHILE Y SU MARCO JURÍDICO	337
3.1	LA CONSTITUCIÓN Y EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	339
3.2	LA LEY INDÍGENA Nº 19.253	341
3.3	LA RECUPERACIÓN DE TERRITORIOS ANCESTRALES	344
3.3.1	La importancia del territorio para el <i>mapuche</i>	344

3.3.2	Usurpación de las tierras indígenas por el Estado	345
3.3.3	El rol de la industria forestal y su expansión	346
3.3.4	La Ley <i>Lafkenche</i> y el espacio costero indígena	348
3.4	DERECHO A LA PARTICIPACIÓN	350
3.4.1	Derecho a la consulta previa	351
3.4.2	Legislación ambiental	354
3.5	AUTONOMÍA Y AUTODETERMINACIÓN	359
3.6	LEY Nº 20.609 O “LEY ANTIDISCRIMINACIÓN”: USO POTENCIAL CON LIMITACIONES	361
3.7	APLICACIÓN DE LA LEY Nº 18.314 O “LEY ANTI-TERRORISTA”	363

CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

1.	DEFINICIONES Y CARACTERÍSTICAS DE MINORÍAS NACIONALES Y PUEBLOS INDÍGENAS	369
2.	PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE MINORÍAS NACIONALES Y PUEBLOS INDÍGENAS	374
3.	LA PROTECCIÓN DE LA MINORÍA ROMANÍ EN EUROPA Y DE LOS GITANOS EN ESPAÑA	383
4.	LA PROTECCIÓN DEL PUEBLO <i>MAPUCHE</i> EN CHILE	386
5.	REFLEXIONES FINALES	390

REFERENCIAS

1.	BIBLIOGRAFÍA	395
2.	DOCUMENTOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES	416
3.	INFORMES SOBRE CHILE	422
4.	INFORMES SOBRE ESPAÑA	422
5.	LEGISLACIÓN CHILENA	423
6.	LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	426
7.	JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	427
8.	JURISPRUDENCIA CHILENA	428
9.	JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA	428
10.	OTROS DOCUMENTOS LEGISLATIVOS	429
11.	OTROS DOCUMENTOS POLÍTICOS, SOCIOLÓGICOS Y DE PRENSA	430

Abreviaturas y siglas

ACMN	Alto Comisionado para las Minorías Nacionales
AGNU	Asamblea General de Naciones Unidas
CADH	Convención Americana sobre los Derechos Humanos
CASEN	Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CELRM	Carta Europea para las Lenguas Regionales y Minoritarias de 1992
CEPAL	Comisión Económica para América Latina de Naciones Unidas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CMPMN	Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales
CONADI	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSCE	Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa
CSNU	Consejo de Seguridad de Naciones Unidas
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECOSOC	Consejo Económico y Social de Naciones Unidas
EU-MIDIS II	Segunda Encuesta sobre Minorías y Discriminación en la Unión Europea
FPCI	Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas
FRA	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
FSG	Fundación Secretariado Gitano
GTPI	Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas
IWGIA	Grupo Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas
OEA	Organización de Estados Americanos

OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación y Diversificación, la Ciencia y la Cultura
URI	Unión Romana Internacional

Introducción

El 9 de noviembre de 1989, al caer el Muro de Berlín, ha sido identificado como el inicio de una nueva era, que algunos han denominado posmoderna, y que, como época histórica distinta, implica una nueva concepción del tiempo y del espacio. En este sentido, el proceso de globalización en todas sus dimensiones –política, económica, cultural, militar, etc.– ha significado una transformación del modo de entender ambos elementos: el tiempo ahora es inmediato y el vasto espacio de la tierra se contrae en una aldea global que no conoce distancias ni fronteras.

Los cambios que se dan en la relación del ser humano con su presente influyen en la visión que tiene de su lugar en la historia, y como ésta la construyen todos los hombres y mujeres, es natural encontrarse también con nuevas formas de relaciones interpersonales. En cuanto a esto, son muchos los intelectuales que coinciden en diagnosticar un grave debilitamiento de los vínculos sociales, afirmando que, a pesar de estar todas las personas cada vez más interconectadas dentro de una *red* global, lo cierto es que no están muy unidas en una *comunidad* global, ni siquiera en comunidades pequeñas, pues el triunfo del liberalismo ha significado también la universalización del individualismo. Como reacción ante esto, ha surgido a la vez una revaloración de lo local en ciertos colectivos, desafiando a estas transformaciones y también como una suerte de resistencia en pos de su supervivencia. En este contexto es donde, en parte, ubicamos a los grupos étnicos que estudia esta investigación: minorías nacionales y pueblos indígenas.

En la Modernidad, el principio esencial de cohesión social era la nacionalidad. Desde sus dos vertientes –política y cultural–, cumplía la función de agrupar a las personas en términos de organización política, y a la vez de reunir las en torno a una identidad particular. La primera tarea la llevaba a cabo a través del Estado soberano, y la segunda, de la nación cultural. El intento por compatibilizar ambas esferas en una sola institución, se tradujo en la construcción del Estado-nación a partir de la Revolución Francesa y la Ilustración del siglo XVIII. En esta empresa se dio una notoria preeminencia al ámbito político, lo que se evidencia en el mismo nombre de la unidad: la nación pasa a ser casi un adjetivo del Estado. Esto llevó a que también entre los principios esenciales de ambas entidades –a saber, la integridad territorial y la autodeterminación– surgieran supuestas tensiones, que en el fondo no son tales porque su origen no está en la propia constitución de dichos principios (ambos provienen de la nacionalidad), sino en las interpretaciones que se les ha dado, sometiendo la libre determinación de los pueblos a la integridad territorial del Estado.

Esta tensión se reprodujo en el escenario internacional en la década de 1990, a través de conflictos entre algunos Estados y ciertos movimientos secesionistas que alegaban su derecho a la autodeterminación nacional, amenazando la soberanía del Estado. Los separatismos nacionalistas y la imposibilidad del Derecho Internacional de dar solución a los graves conflictos que desataban, demostraron así la paradoja de la Modernidad: que el mismo principio aglutinador (la nacionalidad) genere su propia

contradicción. Por eso, un ordenamiento jurídico esencialmente moderno, como es el Derecho Internacional, no ha podido resolver definitivamente estos asuntos, pues al ser en estricto rigor un Derecho interestatal y tener como pilares fundamentales justamente los principios de autodeterminación de los pueblos e integridad territorial del Estado, contiene también la contradicción en sí mismo.

El resurgimiento de los movimientos nacionalistas tras la caída del muro de Berlín, a partir de las descomposiciones de la Unión Soviética y Yugoslavia, no es mera casualidad. El término de la Guerra Fría fue a la vez el comienzo de una nueva era, lo que implica el fin de la era anterior. Estamos ante sucesos propios del tránsito de la Modernidad a la Posmodernidad, y el resurgimiento de los nacionalismos separatistas de Europa del Este se enmarca dentro de este proceso, en el que se cuestiona el orden precedente. De ese modo, estos grupos vienen a poner en crisis el modelo de Estado-nación y la estructura del Derecho Internacional.

Dentro de este panorama, cabe ubicar el desarrollo de diversos colectivos que se caracterizan principalmente por tener una cultura distinta de la dominante en sus Estados, la cual pretenden practicar y mantener; grupos que, de ese modo, demuestran que la unidad cultural de ese Estado no existe, y que el Estado-nación como se diseñó en el siglo XIX, es una quimera. Además, vienen a reclamar por los perjuicios que ha significado para ellos, esa superposición del aspecto político del principio de nacionalidad, con la cual se ha tendido hacia la eliminación de las diferencias culturales y, por tanto, a su asimilación.

Este proceso muchas veces ha implicado, por tanto, una vulneración de sus derechos, lo que ha motivado que en las últimas décadas hayan planteado sus demandas con mayor vigor, y que su protección se haya instalado en la agenda internacional. Un buen ejemplo de esto son las minorías nacionales y los pueblos indígenas, grupos étnicos que, en su relación con el Estado, permiten estudiar justamente el conflicto entre los principios de integridad territorial y de autodeterminación, planteando importantes desafíos al Derecho Internacional contemporáneo.

De ahí nuestro interés por hacer una comparación entre ellos, en cuanto a la protección que el orden jurídico internacional da a sus derechos. No deja de ser atractivo analizar cómo un Derecho compuesto esencialmente por Estado-naciones, protege a colectivos cuyos planteamientos vienen a cuestionar su estructura básica y sus principios fundamentales.

Nos hemos propuesto, entonces, indagar en las similitudes y diferencias entre ambos tipos de grupos étnicos, pues desde esas características se han elaborado las definiciones que de ellos ha hecho la comunidad internacional, a partir de las cuales el Derecho Internacional ha diseñado los sistemas normativos que reconocen (o no) sus derechos y protegen (o no) el ejercicio de los mismos. Estos aspectos son el objetivo central de la investigación, los cuales se han querido estudiar, desde luego, a través de un enfoque comparado. Con el fin de aplicar estas ideas en la práctica, la investigación se centra en el modo en que los derechos de estos colectivos son protegidos en determinados casos particulares: para las minorías nacionales, en la minoría romaní en Europa, con especial atención a los gitanos en España; para las comunidades indígenas, en el pueblo *mapuche* en Chile.

Dado el tema general y los objetivos de esta investigación, resulta evidente que el enfoque metodológico necesario para su desarrollo, es el del Derecho comparado. Esto, en todos los ámbitos del estudio.

En primer lugar, esta tesis establece puntos en común y diferencias relevantes entre los derechos de pueblos indígenas y de minorías nacionales. Esto, con el fin de estudiar los posibles aportes que uno pueda hacer en el otro, considerando que, si bien son distintas legislaciones y grupos diferentes, se trata de dos grupos étnicos. Además, se compara su aplicación efectiva en los casos mencionados –*mapuche*¹ y gitanos, respectivamente–, identificando también las similitudes y desencuentros entre ambos.

Por otro lado, también hay que considerar que los instrumentos dedicados a la protección de los derechos de estos colectivos se encuentran en distintas esferas, pero son interdependientes. Por tanto, es apropiado adoptar una perspectiva comparada para analizar la legislación internacional en el ámbito universal y en el regional, tomando en cuenta la interacción de los diversos mecanismos existentes. Asimismo, y como el Derecho Internacional sólo se aplica en la práctica al momento en que es incorporado en las legislaciones nacionales, la perspectiva comparada también resulta idónea al tratar el modo en que España y Chile adaptan sus obligaciones internacionales al respecto, en el trato que dan a gitanos y *mapuche* en sus Constituciones y leyes.

Finalmente, cabe recordar la naturaleza de este estudio y el área a la que pertenecen tanto el Derecho de minorías como el Derecho de pueblos indígenas, pues una investigación que se enmarque dentro del campo de los Derechos humanos debe nutrirse no sólo de los aportes del Derecho sino también de los que otras ciencias sociales han realizado, especialmente tratándose de grupos socialmente vulnerables. De esa manera, este trabajo se desarrolla bajo una mirada interdisciplinar que considera también las contribuciones de disciplinas como la Antropología, la Ciencia Política y la Sociología. Dentro de esto, la Historia tiene también mucho que aportar, especialmente cuando los problemas tratados –como la situación de gitanos y *mapuche*– hunden sus raíces profundamente en el pasado.

La estructura del trabajo se divide en cuatro grandes capítulos que siguen a esta introducción, y que se dedican a analizar en profundidad y de forma separada, cada una de las cuatro amplias temáticas que conforman nuestro problema de investigación: el Derecho de minorías nacionales; el caso de la minoría romaní en Europa y, en particular, el de los gitanos en España; el Derecho de los pueblos indígenas, y el caso del pueblo *mapuche* en Chile. Como se puede apreciar, el orden que se sigue obedece al estudio de los dos temas principales a comparar, divididos cada uno en apartados teóricos y prácticos. Si bien en el desarrollo de esos capítulos se mencionan ocasionalmente algunas comparaciones entre los distintos colectivos, hay al final un último capítulo dedicado a las conclusiones y reflexiones finales de la tesis, en el cual se establecen las similitudes y diferencias identificadas entre ellos en diversos ámbitos.

Como la protección de estos grupos étnicos se enmarca dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el primer capítulo comienza con un análisis de las características del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo en general, pues, como se explica oportunamente, estos atributos condicionan en buena medida la garantía internacional de los derechos fundamentales de minorías nacionales y de pueblos indígenas. Para esto, se trabaja principalmente con los aportes que al respecto han hecho las obras de connotados internacionalistas españoles de reconocimiento

¹ Salvo que se esté citando una obra donde se escriba “mapuches” en plural, en esta investigación se escribirá *mapuche* siempre en singular, aun cuando se refiera a una pluralidad de sujetos. Esto, porque no es una palabra castellana sino *mapuche*, y no se pluraliza según las reglas gramaticales del castellano. Por eso también irá debidamente en cursiva.

mundial en la materia, como son Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, José Antonio PASTOR RIDRUEJO y Antonio REMIRO BROTONS. Éstos proporcionan una visión que concuerda con nuestra postura acerca del devenir histórico en general, a partir de lo cual describimos el Derecho Internacional contemporáneo como uno en transición, que incorpora elementos nuevos pero que también arrastra algunos antiguos desde su formación en la Modernidad.

De acuerdo con estas ideas, se analizan sus orígenes en la conformación de una sociedad basada en Estados, por lo que se consideran los primeros teóricos del Estado – Jean BODIN, Thomas HOBBS– y del Derecho Internacional –Francisco DE VITORIA, Hugo GROCIO, Immanuel KANT, Jeremy BENTHAM–, así como las ideas al respecto vinculadas al principio de la nacionalidad y de problemas más actuales, presentes en Anthony SMITH, Will KYMLICKA y Andrés DE BLAS GUERRERO, entre otros. A partir de esto último, se estudian también los cuestionamientos que en las últimas décadas han surgido hacia esa concepción decimonónica del Estado-nación, y que se encuentran, por ejemplo, en textos de Jean-Marie GUÉHENNO y Roland AXTMANN.

Esta crisis del modelo de Estado-nación ha implicado cambios en el Derecho Internacional, que ha debido evolucionar desde su tradicional bilateralismo hacia el multilateralismo, donde priman los intereses compartidos por la comunidad internacional. Acerca de esto, destacan las visiones de Antônio CANÇADO TRINDADE, Elena KATSELLI y Jean-Bernard AUBY.

Con respecto a la protección internacional de las minorías nacionales, se la sitúa dentro de la de los Derechos humanos en general, antes que todo por su evolución histórica. En esto tienen cabida las obras de historia de los Derechos humanos de Ramón SORIANO y los tomos correspondientes del valioso compendio dirigido por Gregorio PECES-BARBA y Eusebio FERNÁNDEZ. Para asuntos más recientes, recurrimos a varios de los artículos incluidos en el libro colectivo *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, elaborado en la Universidad de Deusto bajo la dirección de Felipe GÓMEZ ISA y José Manuel PUREZA.

En cuanto a la protección de minorías nacionales propiamente tal, son fundamentales los aportes de Patrick THORNBERRY, Francesco CAPOTORTI, Gaetano PENTASSUGLIA, Eduardo RUIZ VIEYTEZ y Natan LERNER. Este último contribuye con una sistematización de los derechos que considera reconocidos a estos grupos en la comunidad internacional, tal como hacen Fabienne ROUSSO-LENOIR y Eckart KLEIN, planteamientos que se han comparado siguiendo las ideas de Stephen ROTH en cuanto a aquéllos que deberían estar incluidos en una Convención al respecto.

Para el ámbito europeo, se enmarca el asunto dentro del Sistema Europeo de Derechos Humanos, cuyo estudio se basa en las obras de Luis JIMENA QUEZADA y Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO. La protección específica de minorías nacionales dentro de este ámbito se analiza en profundidad por Björn ARP y por Santiago PETSCHEN VERDAGUER, así como por Elizabeth CRAIG, de quien rescatamos la importancia de la labor del Consejo de Europa en cuanto a la reorientación del tratamiento europeo de las minorías nacionales desde un enfoque de la seguridad hacia uno fundado en la justicia. Sobre el rol de dicha organización cabe destacar igualmente las obras de Xabier DEOP MADINABEITIA y de Geoff GILBERT. Particularmente significativos son también algunos textos dedicados al estudio pormenorizado de instrumentos específicos, como el Convenio Marco para la Protección de Minorías Nacionales: Marc WELLER, Gudmundur ALFREDSSON, Kinga GÁL, Juan Manuel BAUTISTA JIMÉNEZ, Frank STEKETEE y Eugenia RELAÑO PASTOR, son buenos ejemplos de ellos.

Sobre el caso específico escogido para este primer tema, cabe decir que los estudios acerca de la comunidad romaní en Europa son abundantes desde disciplinas como la Sociología, la Antropología y la Historia. Por un lado, están los libros clásicos y monográficos –la gran mayoría, de autores franceses– dedicados principalmente al origen de este pueblo, sus características y su migración al continente europeo. Los más relevantes que pueden identificarse desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX, son los de Paul BATAILLARD, George BORROW y Jules BLOCH. En los años '60 y '70 hubo un cambio relevante en los estudios acerca de la comunidad gitana debido a la influencia de Jean-Paul CLÉBERT y François VAUX DE FOLETIER, que se enfocaron en los patrones migratorios de la población romaní y en las diferencias culturales y sociales que dentro de ella distinguían a los diversos grupos que la componen. De ahí surgieron los libros de Bernard LEBLON y Jean-Pierre LIÉGEOIS, en la década de 1980. Desde entonces, muchos de los trabajos de los últimos treinta a cuarenta años han dejado atrás las largas discusiones que tenían las obras anteriores con respecto a la historia y los orígenes de la comunidad gitana, y en cambio se han enfocado en la descripción de sus costumbres y condiciones de vida actuales. Dentro de las obras más recientes de este tipo, cabe destacar la de Leonardo PIASERE, quien elabora un mapa con tres tipos de comunidades romaníes de acuerdo al modo en que su asentamiento y relación con sus respectivos Estados, ha condicionado su situación presente.

Varios de los intelectuales mencionados hacen amplias referencias a los gitanos españoles, por lo que han sido de utilidad para el estudio de los romaníes en Europa en general, así como de la comunidad que se asentó en la Península Ibérica en particular. Acerca de ésta hay un conjunto de obras dedicadas al origen de las tradiciones culturales españolas, en las que identifican una fuerte influencia del pueblo gitano. Esta tesis no trata este asunto en especial, pero sí ha considerado los aportes de algunos de esos textos en cuanto a su contenido histórico, como el de Lou CHARNON-DEUTSCH.

En las últimas décadas de siglo XX y sobre todo a comienzos del XXI, comenzó a darse un giro significativo en la aproximación que los científicos sociales adoptaban para estudiar el tema: dejaron de lado el énfasis en los romaníes como la fuente del “problema” y comenzaron a centrarse más en el obstáculo que significa el prejuicio del resto de la sociedad hacia ellos para lograr conformar una sociedad balanceada. Como ejemplo de esta nueva mirada puede nombrarse a Tomás CALVO BUEZAS, quien plantea que los gitanos no son sólo un grupo étnico con residencia en España sino más bien una población interna permanentemente marginada, tanto en España como en el resto del mundo. Teresa SAN ROMÁN también se destaca dentro de este nuevo enfoque, y dedicándose a estudiar los distintos grupos sedentarios de gitanos en metrópolis españolas.

Las deportaciones de romaníes en Francia e Italia hace unos años, han vuelto a poner el tema sobre la mesa, motivando la publicación de buena cantidad de artículos en revistas especializadas. Sin embargo, no se ha desarrollado una discusión amplia acerca de la comunidad romaní en Europa desde una perspectiva jurídica. Sara MEMO se ha enfocado últimamente en el estatus legal de los romaníes, por ejemplo, y Antonio GÓMEZ ALFARO ha ahondado en la legislación española sobre los gitanos, aunque desde una perspectiva histórica. Consideramos que esta investigación, por tanto, puede ser un aporte significativo al debate en este sentido.

Con este objetivo, se trabajan los diversos instrumentos que protegen a las minorías nacionales en el Derecho Internacional, tanto a nivel universal (los principales instrumentos de Derechos humanos elaborados en el ámbito de Naciones Unidas, así

como la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas), como regional. En este último, caben los tratados, declaraciones y diversos mecanismos de protección de Derechos humanos, surgidos dentro del sistema europeo, es decir, la OSCE, la Unión Europea y el Consejo de Europa, dentro del cual destaca especialmente el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales. Además, para el caso de los gitanos españoles se considera la legislación nacional y autonómica desarrollada al respecto.

El segundo gran tema es el de la protección internacional de los pueblos indígenas, el cual ha sido tratado en extenso en la Universidad de Deusto: las obras de José Luis Gómez del Prado y las que han sido editadas o coordinadas por Mikel BERRAONDO y Felipe GÓMEZ ISA, son de sus mejores contribuciones al respecto. También se rescatan diversos textos de Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en particular de James ANAYA y Rodolfo STAVENHAGEN. Otros estudios dedicados a este asunto en general, que se toman en cuenta en esta investigación, son los de Yolanda SOBERO y Rafael CALDUCH CERVERA, Gonzalo AGUILAR CAVALLO y Oswaldo CHACÓN ROJAS.

Un aspecto muy relevante para el análisis de los derechos indígenas – especialmente al compararlo con los de las minorías nacionales– es el de la autodeterminación de los pueblos, que se trata en base a los planteamientos de Aureliu CRISTESCU y considerando ideas de Ramiro ORIAS.

Por otro lado, tal como se hace para las minorías nacionales, la protección de los derechos indígenas se estudia también a nivel regional. Por tanto, se utilizan los planteamientos que Vicente CABEDO MALLOL, Enzamaría TRAMONTANA y Maia Sophia CAMPBELL han hecho acerca del rol que ha cumplido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la elaboración de estándares internacionales al respecto.

En el caso particular del pueblo *mapuche* en Chile, a fines del siglo XIX comenzaron a realizarse investigaciones científicas al respecto, destacando estudios acerca de su idioma –el mapudungún– desde la Lingüística. La Antropología también hizo su aporte con trabajos etnográficos descriptivos y acerca de sus orígenes: Tomás GUEVARA y Ricardo LATCHAM, por ejemplo, se valieron de la información que les dieron miembros del pueblo *mapuche* así como de observaciones de campo y ciertos descubrimientos arqueológicos. Las metodologías etnográficas modernas comenzaron a ser aplicadas a estos estudios a mediados del siglo XX.

En los años '80 comenzó a desarrollarse la denominada “historia de las relaciones fronterizas”, basada en el estudio de las interacciones entre los dos mundos que se encontraban en La Araucanía: el del conquistador español y el del araucano. Pioneros en esta aproximación fueron, por ejemplo, Sergio VILLALOBOS y Jorge PINTO. En este contexto surgieron dos obras fundamentales para cualquier estudio acerca de esta comunidad: *Historia del pueblo mapuche: siglos XIX y XX*, de José BENGOA –probablemente uno de los que más ha contribuido a la investigación sobre esta comunidad en Chile–, y *Organizaciones, líderes y contiendas mapuche, 1900-1970*, de Rolf FOERSTER y Sonia MONTECINO. Su importancia radica en haber cubierto amplios periodos de su historia, considerando los significativos acontecimientos sucedidos en ellos: su derrota militar e incorporación al Estado de Chile, y posteriormente el surgimiento de las organizaciones etnosindicales que lucharon por la situación económica y cultural del pueblo a lo largo del siglo XX. En general, hasta entonces los autores se referían a la asimilación del grupo como un hecho, como si hubiesen desaparecido como cultura. Esto ha cambiado en las últimas

décadas, lo que puede verse en textos más recientes del mismo BENGUA y de otros historiadores como Jorge PINTO, Isabel HERNÁNDEZ y Holdenis CASANOVA. Esta última, dentro de la amplia contribución que han hecho académicos de la Universidad de La Frontera (Chile) al estudio del pueblo *mapuche* desde diversas perspectivas y disciplinas.

Dentro de los textos histórico-antropológicos, esta tesis incluye también la visión de algunos autores *mapuche* al respecto –Pablo MARIMÁN, Sergio CANIUQUEO, Rodrigo LEVIL y José MILLALEN– publicadas en la obra colectiva *¡...Escucha, winka...!*

En general el tema suscita mayor interés en la Historia, la Antropología, la Sociología y la Arqueología. Sin embargo, los hechos de violencia en el marco del conflicto entre el pueblo *mapuche* y el Estado de Chile, han llevado a que desde hace algunos años se aborde también desde la Ciencia Política y sobre todo el Derecho, por ejemplo en cuanto a la aplicación de la Ley Antiterrorista a miembros de comunidades indígenas por crímenes cometidos en el contexto de reivindicaciones territoriales. Además, la reciente ratificación de Chile del Convenio nº 169 de la OIT, ha significado discusiones interesantes con respecto a las modificaciones necesarias en la legislación nacional para aplicar sus estándares, por ejemplo, en cuanto al derecho a la consulta previa. Para el estudio de estos asuntos se consideran los planteamientos que Jorge CONTESE ha hecho desde un enfoque jurídico, así como los de José AYLWIN, quien se ha dedicado en general a los derechos indígenas dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y a los derechos del pueblo *mapuche* en especial.

Por otro lado, con el fin de estudiar la protección efectiva de los derechos de las comunidades indígenas en general, se consideran los principales instrumentos universales de Derechos humanos elaborados dentro de las Naciones Unidas. Además, se analiza el Convenio nº 169 de la OIT, dedicado a los pueblos originarios. En la esfera regional tienen lugar los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es decir, surgidos dentro del ámbito de la OEA. Especial atención merece aquí la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues sus sentencias en casos de derechos indígenas han contribuido en buena medida al establecimiento de estándares internacionales al respecto, lo que no deja de ser significativo ante la ausencia de un convenio dedicado a este asunto en particular.

Además, al igual que para el caso de la comunidad gitana en España, para analizar la protección del pueblo *mapuche* en Chile se estudia la legislación nacional al respecto, en especial la Ley Indígena de 1993 y la normativa existente con respecto al proceso de consulta que se sigue, como mecanismo de participación de las comunidades nativas cuando se propongan medidas que les afecten directamente. La mencionada Ley Antiterrorista también se incluye en la investigación, debido a su importancia dentro de la etapa actual del conflicto entre el Estado y este colectivo, pero la aplicación de esta normativa en casos que se enmarcan en la reivindicación territorial *mapuche* no es objeto de estudio de esta tesis.

El último apartado de la tesis se dedica a establecer las principales conclusiones con respecto a cada tema en particular, pero también a identificar las similitudes y diferencias entre ambos, así como entre los grupos específicos escogidos. Si bien la mayoría de estas ideas surgen del propio análisis y desarrollo de la investigación, también nos valdremos de los planteamientos de Joshua CASTELLINO, uno de los pocos textos dedicados a este tipo de comparación.

La actualidad de esta investigación es evidente, siendo asuntos de gran preocupación en las sociedades correspondientes. En España, el tema de las minorías

nacionales siempre ha sido muy relevante, y actualmente, con la declaración unilateral de independencia de Cataluña, aun más. La situación de la comunidad romaní, en particular, es un problema no sólo ibérico sino europeo, que ha llevado a establecer políticas continentales al respecto. En América Latina, por otra parte, el asunto indígena y el de la plurinacionalidad han cobrado más importancia en los últimos años –asunto que bien trata VAN COTT–, y en Chile el conflicto entre el Estado y el pueblo *mapuche* ha ido escalando y es hoy una de las principales preocupaciones gubernamentales.

Mediante el análisis de ambos casos, esta investigación pretende contribuir a la reflexión en torno a los problemas que desde el punto de vista normativo se dan al respecto, buscando los aportes que las distintas legislaciones puedan hacer a su solución. Se trata de dos grupos muy distintos, pero comparten el hecho de ser una minoría étnica. La metodología comparada de su estudio será una contribución en términos de las contribuciones mutuas que pueden hacerse estos dos modos diferentes de abordar su situación: desde los derechos de minorías nacionales en Europa y desde los derechos de los pueblos indígenas en América.

CAPÍTULO 1

PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS DE MINORÍAS NACIONALES

1. Nacionalismo, Estado-Nación y Minorías Nacionales

De origen latino, la palabra nación proviene de *natio*, que quiere decir nacimiento. El vocablo existe desde la Antigüedad, pero su contenido ha variado a lo largo de la Historia. Por ello, los conceptos de *nación* y *nacionalismo* presentan una enorme variedad de definiciones, según la época y el contexto en que se estén explicando, según el enfoque desde el que se les mire, según la disciplina desde la que se estudien, etc.²

No obstante lo anterior, es posible rescatar ciertos aspectos en los que coincide la mayoría de los autores que han estudiado el tema y construir una imagen global del mismo. En general, pueden encontrarse cinco elementos centrales a considerar para efectos de esta investigación:

- a) Modernidad de la nación y el nacionalismo: la idea que actualmente se tiene de la nación y del nacionalismo es moderna y surge en esa época; es éste el concepto que ha perdurado hasta hoy y que ha sido base de los conflictos nacionalistas en el siglo XX.
- b) Identificación de un grupo: la nacionalidad es un criterio de identificación del individuo con el grupo, y por tanto fundamento de la identidad social. Ésta se construye en base a las cosas que las personas del grupo tienen en común: una historia y unas tradiciones comunes, una lengua de orígenes antiguos, una cultura común, un territorio compartido y un proyecto común de construir esa nación y dotarla de autonomía.
- c) Autoconciencia: la nación no se define desde fuera sino desde sus propios miembros. Para que un grupo sea considerado una nación, es necesario que sus miembros se reconozcan e identifiquen mutuamente como partes de una comunidad de ese tipo y adquieran conciencia de ello.
- d) Autodeterminación y Estado: la identificación de un grupo como nación implica que se determinen sus características y los requisitos necesarios para considerar a alguien como miembro de ella. A la vez, significa el reconocimiento de un grupo como distinto de todos los demás. Por lo tanto, conlleva al mismo tiempo una identificación (interna) y una diferenciación (externa). Esto, junto con el hecho de compartir un proyecto común, conduce a la nación a requerir la

² Para estudios sobre los distintos enfoques, autores y teorías del nacionalismo, pueden consultarse las siguientes obras: SMITH, Anthony, *Nationalism: theory, ideology, history*, Polity Press, Cambridge, 2001; DE BLAS GUERRERO, Andrés, *Nacionalismos y naciones en Europa*, Alianza, Madrid, 1994, y HOFFMANN, Stanley, "Nationalism and world order", en Kjell GOLDMANN, Ulf HANNERZ y Charles WESTIN (eds.), *Nationalism and internationalism in the post-Cold War era*, Routledge, Londres, 2000, pp. 197-215.

autodeterminación, la cual puede tener distintas formas, siendo la más frecuente la del Estado.³

- e) Nación política y nación cultural: son muchas las referencias de distintos autores acerca de estos dos tipos distintos de nación. Por un lado, está la que se forma para organizarse como grupo mediante lazos políticos, y la nacionalidad responde aquí a principios cívicos universales. Por otra parte, hay grupos con los que sus miembros se identifican según criterios culturales particulares, que muchos relacionan con elementos étnicos.

El último de los cinco elementos resulta fundamental para comprender la complejidad del nacionalismo y la situación de las minorías nacionales, pues tiene un rol esencial en el origen de los graves conflictos étnicos que ha habido en el siglo XX. La incapacidad para compatibilizar las dos esferas del fenómeno –política y cultural, universal y particular– ha dificultado en buena medida la solución de estos problemas.

Ahora bien, el nacionalismo tiene una doctrina básica que abarca todos los ámbitos y que se basa en los siguientes seis principios⁴:

- i) El mundo se divide en naciones
- ii) La nación es la única fuente de poder político
- iii) La lealtad a la nación está por sobre cualquier otra
- iv) Para ser libre, cada uno debe pertenecer a una nación
- v) Toda nación requiere autonomía y plena libertad para la propia expresión
- vi) La paz y justicia mundial requieren un mundo de naciones autónomas

Estos principios fundamentan los ideales del nacionalismo –autonomía, unidad e identidad nacionales–, que se proyectan al futuro en la forma de sus objetivos más concretos.

La unidad nacional, por ejemplo, implica la búsqueda de la unión cultural y social de las familias y de sentimientos y voluntades individuales.

El ideal de identidad nacional, por otra parte, se refiere a que a cada nación corresponde una determinada cultura histórica que comparten todos los miembros y que no pueden compartir los que no lo son. El nacionalismo plantea que esa identidad se ha olvidado y que es necesario recuperarla; a eso llaman el “despertar” de la nación, y es la razón de la constante búsqueda en las raíces y el folclore.

Finalmente, la autonomía se refiere a la autorregulación libre de toda interferencia externa. De ahí la necesidad de autogobierno, cuya práctica puede ser parcial –Estados federados, por ejemplo– o total –Estado soberano–. Ello significa que la

³ El concepto de autodeterminación se desarrolló originalmente en Europa y Estados Unidos de América en los siglos XVIII y XIX. En esencia, se entiende por tal cuando un pueblo determina libremente su estatus político. En Europa occidental y Estados Unidos se inspiró principalmente en la Ilustración y sus ideas de soberanía popular y gobierno representativo; en Europa central y del este, en cambio, en el fenómeno del nacionalismo del siglo XIX. Así, en el primer caso el concepto tenía una orientación política que generalmente no tenía en cuenta consideraciones étnicas, mientras en el segundo caso la idea se vinculaba más fuertemente con factores étnicos y culturales. MUSGRAVE, Thomas, *Self-determination and national minorities*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 2.

⁴ SMITH, A., *Nationalism: theory, ideology, history, op. cit.*, p. 38.

autonomía nacional no implica necesariamente soberanía estatal, pero sí unidad política. No obstante, y dado que en la Modernidad la unidad política por excelencia pasa a ser el Estado, el nacionalismo plantea muchas veces que su objetivo es que a cada nación corresponda un Estado.

El concepto de *Stato* fue introducido en la literatura por MAQUIAVELO, luego del proceso que siguiera a la atomización política de la sociedad feudal para dar origen a las primeras monarquías nacionales, ya en los siglos XVI y XVII. Desde entonces, las poliarquías –hasta entonces imprecisas en lo territorial y de coherencia intermitente– pasaron a ser unidades de poder continuas y de fuerte organización, con un solo ejército –y permanente–, una sola jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo obediencia general a los súbditos. Esa concentración de los instrumentos de mando de distintos ámbitos en una sola unidad de acción política distingue al Estado moderno del Territorio medieval.⁵

Ahora bien, MAQUIAVELO y los primeros teóricos de la política moderna (BODIN, HOBBS) se refieren al Estado entendido como Estado absoluto, aunque siempre unificador de la nación. Sin embargo, el concepto fue evolucionando hasta llegar al gran cambio que para él significaron la Revolución Francesa y la Ilustración, con lo que se pasó a hablar del Estado-nación tal como lo conocemos hoy.

A pesar de los matices que diferencian las definiciones que del Estado se han hecho en la historia, hay un acuerdo general que establece que sus tres grandes elementos constitutivos son la población, el territorio y el poder.

En primer lugar, entonces, se requiere de un grupo humano para que exista el Estado, cuyas normas pueden aplicarse sólo sobre él. La influencia francesa llevó a que se relacionara esta idea de *pueblo* con el Estado a través del concepto de nación, pasando a ser ésta el sustento humano real del Estado.

En segundo lugar, otro elemento indispensable del Estado lo constituye el territorio. Por eso, con el origen del Estado moderno surgen también los problemas de la delimitación de su territorio mediante fronteras, las que hasta entonces sólo delimitaban zonas de influencia. Con la estrecha relación que se establece entre *pueblo* (nación) y *territorio* mediante la creación del Estado nacional, estas fronteras servirán también para delimitar el espacio de una cultura y separarla de otra. “En suma, el nacionalismo creó el mito de una única comunidad nacional que incluye a todas las clases en un territorio. (...) Las fronteras, por tanto, no solamente circunscriben jurisdicciones, sino que también definen «pueblos» o «naciones» que forman una comunidad política común, y que comparten un lenguaje nacional, cultura e identidad comunes.”⁶

Por último, está el elemento del poder: la capacidad de imponer obediencia incluso –para el Estado– mediante el monopolio de la fuerza legítima. La característica esencial del poder del Estado es su soberanía⁷, que puede ejercerse tanto contra los

⁵ HELLER, Hermann, *Staatslehre*, A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, Leiden, 1934, pp. 129-130.

⁶ KYMLICKA, Will, *Fronteras territoriales*, traducción de Karla Pérez Portilla, Trotta, Madrid, 2006, p. 47.

⁷ Jean BODIN fue el primero en afirmar la soberanía como algo característico del Estado (HELLER, Hermann, *Die Souveränität, ein Beitrag zur Theorie des Staats-und Völkerrechts*, Walter de Gruyter & Co., Berlín y Leipzig, 1927. Se ha consultado la traducción al castellano de Mario de la Cueva en *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, 2ª ed., Universidad Autónoma de México, México D.F., 1995, p. 80). La compara con “el poder del señor sobre sus esclavos y del amo sobre sus criados” (BODIN, Jean, *Les six livres de la république*, libro I,

enemigos exteriores como interiores del Estado, y se expresa esencialmente en la elaboración de leyes generales. Este Estado moderno era fuerte, sin ser necesariamente agresivo; monárquico, pero no tiránico. Esta estructura permaneció hasta la Revolución Francesa y su cuestionamiento acerca de quién debía detentar esa soberanía —el rey o el pueblo—, con lo que recayó finalmente en la nación, creándose el Estado-nación.

Esta fusión entre Estado y nación trae dos problemas: primero, que se da una relación asimétrica entre ambos componentes del concepto, siendo el primero el dominante y la segunda algo adjetivo; en segundo lugar, la coincidencia entre un Estado y una sola nación es muy difícil de encontrar en la realidad. En general, dentro de los Estados viven diversos pueblos étnicos o nacionales, colectivos que se distinguen de la mayor parte de la población por su raza, religión, lengua o historia, y que han desarrollado un sentimiento de identidad propia, “nacional”.⁸

Esta multinacionalidad de la mayoría de los actuales Estados de Europa ha significado el surgimiento de conflictos por las dificultades de la convivencia de grupos con fuerte sentido de pertenencia dentro de un mismo Estado. De esta manera, la realidad ha demostrado la imposibilidad de la idea decimonónica de “un Estado, una nación”. Esta situación se explica por diversos factores.

En un plano histórico, debe mencionarse la caída de los imperios europeos del siglo XIX en el XX y los procesos de descolonización de la segunda postguerra mundial. Posteriormente, el desmembramiento de la Unión Soviética y Yugoslavia, que tras una historia de delimitación arbitraria de fronteras desde la Primera Guerra Mundial, desembocó tras el fin de la Guerra Fría en un mapa político conformado por diversos Estados con importantes minorías nacionales en sus territorios, dando lugar al surgimiento de nacionalismos que provocaron importantes conflictos étnicos violentos que han sido una constante en la historia del siglo XX y son aún la dinámica más poderosa en los países de reciente democratización de la Europa poscomunista. Lo más lógico

capítulo V, primer párrafo: “*la puissance du Seigneur envers ses esclaves, et du maistre envers ses serviteurs*”), y la define como “el poder absoluto y perpetuo de una República (libro I, capítulo VIII, primer párrafo: “*la puissance absoluë et perpetuelle d’une République*”). La obra se ha consultado en la edición de Fayard, París, 1986. Para un análisis sobre la teoría de la soberanía en BODIN, consúltese HANCKE, Ernst, *Bodin. Eine Studie über den Begriff der Suveränität*, Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1969. El libro se divide en dos partes: una primera dedicada a su concepto de soberanía (pp. 8-46) y una segunda que trata los derechos de la soberanía (pp. 47-90). Por otro lado, el que primero habla de un contrato como origen de la soberanía es Thomas HOBBS, quien dice que para la paz y el buen funcionamiento del Estado todos han abandonado su derecho natural absoluto sobre todas las cosas en favor del soberano, en una renuncia absoluta. Para HOBBS, el Estado (o Leviatán) es “un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural, para cuya protección y defensa fue instituido; y en el cual la *soberanía* es un alma artificial que da vida y movimiento al cuerpo entero” (*Leviathan*, Introducción, 12-15: “*an Artificiall Man; though of greater stature and strength than the Naturall, for whose protection and defence it was intended; and in which, the Sovereignty is an Artificiall Soul, as giving life and motion to the whole body*”). Se ha utilizado la edición de Noel MALCOLM de la obra completa de HOBBS, publicada por Clarendon Press el 2012).

⁸ La coincidencia entre territorio e identidad nacional se ha perseguido de dos maneras: reajustando el trazado de las fronteras para que coincidan con las identidades nacionales preexistentes (secesión de Noruega de Suecia y de Eslovaquia de la República Checa, por ejemplo), y acomodando las identidades nacionales del pueblo de acuerdo con las fronteras ya existentes (estrategia usada más frecuentemente, en los programas clásicos de construcción nacional de casi todas las democracias occidentales, por ejemplo). KYMLICKA, W., *Fronteras territoriales*, op. cit., p. 48.

parece ser que estos conflictos no puedan resolverse bajo la misma lógica del Estado-nación, sino dentro redes transnacionales de paz con estructuras estatales horizontales, que pueden surgir en marcos más amplios como el que proporciona la Unión Europea.⁹

Por otro lado, cabe destacar las transformaciones por las que ha pasado la sociedad en otros ámbitos, dentro de lo que es la globalización y el tránsito a la posmodernidad.¹⁰ En particular, está el surgimiento de nuevos actores que cuestionan la unidad del Estado-nación en dos niveles, tanto “por arriba” –empresas transnacionales en lo económico y organizaciones supranacionales en lo político– como “por abajo” –movimientos etnonacionalistas, y colectividades territoriales subestatales con cada vez mayor protagonismo en las relaciones internacionales, como naciones sin estado, regiones, grupos fronterizos, grandes metrópolis, etc.–.¹¹

Finalmente, puede mencionarse la formación de Estados multinacionales considerando particularmente la incorporación de minorías nacionales y la inmigración como las dos fuentes más comunes de diversidad cultural. La segunda, tanto en su modalidad involuntaria –refugiados– como voluntaria –debido a la recepción de inmigrantes de las antiguas colonias de los imperios europeos, a la mayor movilidad propia de la globalización y, en Europa especialmente, a la progresiva desaparición de fronteras y el libre tránsito de personas–.¹²

Un Estado, entonces, ya no puede pretender reunir a todos sus ciudadanos bajo una identidad nacional común como elemento aglutinador, y ha debido pasar a ocuparse de lograr la armonía entre diversas identidades. En este sentido, el Derecho de minorías nacionales constituye un cuerpo normativo que tiene como objetivo “articular jurídicamente la satisfacción de las legítimas aspiraciones de todas las personas a una identidad propia” y a partir de eso se conforma como un sistema que “abarca las normas jurídicas que regulan la convivencia de diversas nacionalidades en el seno de un mismo Estado”¹³.

Aunque se trate de un fenómeno relativamente reciente, el origen de este Derecho de minorías nacionales se remonta al de los Derechos humanos. De hecho, siguiendo la división que realiza RUIZ VIEYTEZ de los derechos de las minorías nacionales en tres categorías, hay varios de gran importancia que derivan directamente de otros

⁹ SELLERS, Mortimer (ed.), *The new world order. Sovereignty, human rights, and the self-determination of peoples*, Berg, Oxford y Washington, 1996; KALDOR, Mary, “European institutions, nation-states and nationalism”, en Danielle ARCHIBUGUI y David HELD (eds.), *Cosmopolitan democracy. An agenda for a new world order*, Polity Press, Cambridge, 1995, pp. 68-95.

¹⁰ GUÉHENNO, Jean-Marie, *The end of the nation-state*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1995; AXTMANN, Roland, *Liberal democracy into the twenty-first century. Globalization, integration and the nation-state*, Manchester University Press, Manchester, 1996.

¹¹ MORENO, Isidoro, “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación”, en Javier CORCUERA (dir.), *Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado-nación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 11-33; JÁUREGUI, Gurutz, “Globalización y crisis del Estado-nación: soberanía y autodeterminación en la perspectiva del siglo XXI”, en J. CORCUERA (dir.), *Los nacionalismos..., op. cit.*, pp. 171-191; GUIBERNAU, Montserrat, *Identidad nacional en la era de la globalización: retos para las naciones sin Estado*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Donostia-San Sebastián y Vitoria-Gasteiz, 2008.

¹² KYMLICKA, Will, *Multicultural citizenship. A liberal theory of minority rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 10-26.

¹³ ARP, Björn, *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 1.

derechos humanos.¹⁴ Por lo tanto, para comprender el orden jurídico actual relativo a las minorías nacionales, es necesario situarlo en su evolución histórica dentro del contexto de los Derechos humanos, aspecto que se abordará a continuación. Dado que surgen de ahí y que deben ser considerados como parte de ellos, lo coherente es que se examinen sus estándares internacionales a la luz de la filosofía de los derechos humanos.¹⁵

¹⁴ RUIZ VIEYTEZ, Eduardo, “El Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales”, en Felipe GÓMEZ ISA (dir.) y José Manuel PUREZA, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 513-526, pp. 516-517. La primera de las tres categorías es la de los derechos de minorías que derivan directamente de otros derechos humanos fundamentales, y que normalmente son de naturaleza civil, individuales, y aparecen en los instrumentos más elementales de derechos humanos que están actualmente en vigor. El derecho a desarrollar la propia identidad cultural, por ejemplo, derivaría de la prohibición de discriminación, la libertad de conciencia, de expresión, de comunicación y del derecho a la vida privada y familiar. De acuerdo con el autor, “estos derechos no pueden ser violados sin quebrantar al mismo tiempo los derechos humanos fundamentales de los que constituyen expresiones. (...) Se trata en todo caso de derechos-autonomía, que exigen por parte de los poderes públicos una mera abstención de intervención, a lo sumo, una aceptación pasiva de la realidad plural que expresa la existencia de minorías.”

¹⁵ PACKER, John, “On the content of minority rights”, en Juha RÄIKKÄ (ed.), *Do we need minority rights? Conceptual issues*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, Boston y Londres, 1996, pp. 121-178, p. 122: “minority rights arise out of, and are to be viewed as part of, human rights. Coherency, therefore, demands that examination of the international legal standards and their implications be considered in the light of human rights philosophy.”

2. Orígenes del Derecho de Minorías

ARP sitúa las raíces del Derecho de minorías en el clima de tolerancia que se dio en el siglo XVI frente a las minorías religiosas, aunque según su opinión esto fue así más por debilidad política frente a las presiones de las comunidades religiosas que por razones humanitarias.¹⁶

Cabe destacar que ese momento coincide con el del origen de los derechos humanos, cosa que explica mejor la razón por la que los derechos de minorías deben entenderse dentro de ellos. Aunque algunos piensan que los derechos humanos se originaron en el mundo clásico y otros con la afirmación cristiana de la dignidad moral del hombre, lo más común es considerar que su idea surgió con la lucha de los pueblos contra el régimen feudal y la formación de las relaciones burguesas.¹⁷ Y si bien es cierto que el primer documento que puede encontrarse al respecto es la Carta Magna de 1215, éste constituye el primero de varios textos que interpretaban los privilegios feudales como derechos de libertad de todos los ciudadanos, hasta encontrarse en la Inglaterra del siglo XVII la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689. En todo este periodo, las libertades exclusivas y estamentales en régimen de derecho privado de la Carta Magna fueron pasando a ser libertades generales de derecho público.

Lo anterior se dio junto con un proceso de tránsito hacia la Modernidad en Europa, que resulta fundamental para la historia de los derechos fundamentales porque es precisamente donde se forma esta idea. Antes había estado presente la de dignidad de la persona, pero no se entendía que su realización fuera a través de los derechos fundamentales, concepto histórico del mundo moderno.¹⁸ El contexto en el cual se desarrollaron estos cambios fue el de la atomización política de la sociedad feudal que originó las primeras monarquías nacionales en los siglos XVI y XVII, tras lo cual las sociedades fueron comenzando a estructurarse en Estados. La naciente burguesía se amparó en ese Estado para fortalecerse, pero una vez que su soberanía derivó en su tendencia a crecer ilimitadamente, comenzó a buscar caminos para defenderse ante él mediante el iusnaturalismo racionalista y una filosofía liberal que incluía ideales individualistas. De esa manera fueron surgiendo los derechos del hombre como derechos naturales cuya primera función era limitar el poder del Estado.¹⁹

¹⁶ ARP, B., *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, op. cit., pp. 1-2.

¹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005 [1984], p. 25.

¹⁸ PECES-BARBA, Gregorio, "Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales", en Gregorio PECES-BARBA y Eusebio FERNÁNDEZ (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I Tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 13-263, p. 15.

¹⁹ PECES-BARBA Gregorio y Manuel SEGURA, "La filosofía de los límites del poder", en G. PECES-BARBA y E. FERNÁNDEZ (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 375-454, pp. 378-379; SORIANO, Ramón, *Historia temática de los derechos humanos*, Editorial MAD, Sevilla, 2003, p. 115.

Por otro lado, durante el mismo periodo Europa fue escenario de cruentas guerras de religión que implicaron la represión interna de los disidentes. Como reacción ante esto comenzaron algunos a luchar por la tolerancia religiosa, buscando una fórmula jurídica que evitara estos conflictos. Esto originó el derecho a una nueva libertad: la religiosa. La diversidad religiosa es, por tanto, una de las raíces principales de los derechos fundamentales, y la tolerancia el primer derecho fundamental que se formula con carácter moderno.²⁰

Según SORIANO, pueden distinguirse dos etapas en la conquista de la libertad religiosa: la de la tolerancia religiosa –caracterizada por la lucha por el respeto por las religiones minoritarias dentro de un confesionalismo de Estado durante el siglo XVI, materializada en las guerras de religión– y la de la libertad religiosa del siglo XVII, en que se persigue el reconocimiento igualitario de las religiones.²¹

En este sentido, los filósofos de la tolerancia (BAYLE, SPINOZA, THOMASIVS, LOCKE) también cumplieron un rol importante en el origen de los derechos fundamentales, pues la justificación doctrinal de los derechos de las conciencias frente a la persecución de la Iglesia o el poder civil llevó a formular un derecho individual al respeto de su concepción religiosa. Por eso puede afirmarse que el problema de los límites del poder se plantea desde una perspectiva religiosa, con el fin de evitar las injerencias del poder en la conciencia de los individuos y las persecuciones por motivos religiosos. En palabras de PECES-BARBA y PRIETO SANCHÍS, “responde a unas mismas exigencias profundas, que junto a la problemática de la tolerancia y de la libertad religiosa, la filosofía de los derechos fundamentales se origine en el marco de la filosofía de los límites del poder.”²²

Dentro de este ámbito pueden mencionarse también las ideas de Tomás MORO favorables a la tolerancia (una de las leyes utópicas más antiguas ordena que nadie sea molestado debido a su religión, dice en su *Utopía*), así como el impacto que tuvo en la península ibérica la conquista de América y su consiguiente proceso de evangelización, donde destacan los planteamientos de FRANCISCO DE VITORIA y sobre todo Bartolomé DE LAS CASAS, gran defensor de la tolerancia y de la libertad de conciencia.²³

Dados los acontecimientos ocurridos en el periodo, entre los siglos XVI y XVII se identifican ciertos derechos fundamentales sobre los que se pone mayor atención doctrinal: el derecho a la vida y la libertad personal (en la América recién conquistada), a la libertad religiosa (en los Estados europeos testigos de constantes guerras religiosas) y a los derechos políticos contra el poder centralizado e irresponsable (en la Inglaterra de fines del siglo XVII). Se reconocen en formulaciones precarias como derechos mínimos sin mayor desarrollo jurídico y con grandes dificultades para su ejercicio, se fundamentan en la conjunción de la tradición histórica y el racionalismo, y sus titulares son grupos sociales amplios como los integrantes de una religión, los indígenas o los fundadores de un nuevo Estado, pero no los miembros de un estatus determinado. Se trata, entonces, de una respuesta a las exigencias de un grupo dentro del Estado.²⁴

Como se mencionaba al comienzo, entonces, puede observarse que la importancia del elemento religioso en los orígenes de los derechos fundamentales tiene

²⁰ PECES-BARBA, G., “Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 22.

²¹ SORIANO, R. *Historia temática de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 69-70.

²² PECES-BARBA, Gregorio y Luis PRIETO SANCHÍS, “La filosofía de la tolerancia”, en G. PECES-BARBA y E. FERNÁNDEZ (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 265-373, pp. 365-366.

²³ BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos. Historia y filosofía*, Fontmara, México D.F., 1999, p. 86.

²⁴ SORIANO, R., *Historia temática de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 21-23.

directa relación con los de los derechos de minorías, los cuales también tienen su raíz en esta protección a grupos religiosos. Siguiendo la misma línea, durante los siglos posteriores la protección de minorías descansó en tratados bilaterales de cesión de territorios, que incluían cláusulas de contrapartida exigiendo respeto a la libertad de culto de los habitantes de estos territorios, quienes se transformaban en minoría religiosa debido a la cesión. Así, el principio de tolerancia religiosa fue de a poco dando paso a la constitucionalización de los derechos y las libertades fundamentales.²⁵ Estas cláusulas se centraban principalmente en las libertades de conciencia y de culto, aunque consideraban ciertas restricciones a ellas en pos del orden público.²⁶

La filosofía de los derechos fundamentales, entonces, –y con ella los comienzos de los derechos de minorías– apareció en un contexto de transición a la Modernidad que contiene elementos de ruptura y de continuidad en relación a sus precedentes medievales. Es una novedad histórica que hunde sus raíces en los cambios económicos y sociales que se dan con el origen del capitalismo y la aparición de la burguesía, y que alcanza madurez en el siglo XVIII. En ese momento terminaba definitivamente la Edad Media y empezaba el Mundo Moderno, y se iniciaba un proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales. Esto, gracias a declaraciones de derechos que –surgidas tras la Revolución Francesa y la de las colonias inglesas en América a raíz de las demandas burguesas frente a la monarquía absoluta y la nobleza– establecían que las constituciones debían proclamar ciertos principios fundamentales que inspiraran el funcionamiento de todos los órganos del Estado.²⁷ En general incluían derechos de libertad: personal, de pensamiento, de religión, la libertad política, económica, de reunión, asociación y petición, además del derecho a la vida que ya se había positivado antes. Además, aparecen los valores jurídicos de libertad e igualdad formulados como principios, y se establece la igualdad ante la ley.

En el siglo XIX se unieron a estos derechos esenciales a la vida, la libertad y la propiedad, aquéllos que debían proteger la existencia política, moral, económica y social del ser humano: los derechos económicos y sociales o de segunda generación. Así se fueron ampliando la cobertura protectora y la extensión a nuevos titulares y comenzaron

²⁵ CASTELLÁ SURRIBAS, Santiago, “La protección internacional de las minorías”, en F. GÓMEZ ISA (dir.) y J. M. PUREZA, *La protección internacional de los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 659-685, p. 664.

²⁶ THORNBERRY, Patrick, *International law and the rights of minorities*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 28.

²⁷ Para la Declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776, consúltese APARISI, Ángela, “Los derechos humanos en la Declaración de Independencia Americana de 1776”, en Jesús BALLESTEROS (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 224-242; CHAFEE JR. (ed.), Zechariah, *Documents on fundamental human rights. The Anglo-American tradition*, vol. 1, Atheneum, Nueva York, 1963; APARISI, Ángela, *La Revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, particularmente el capítulo V de la segunda parte, pp. 375-410. Para la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, consúltese LUCAS, Colin (ed.), *The political culture of the French Revolution* (vol. 2 del coloquio “The French Revolution and the creation of modern political culture” en Oxford 5-9 septiembre 1987), Pergamon Press, Oxford, 1988; DEL VECCHIO, Jorge, “La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa”, en *Persona, Estado y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 45-186; AMUNCHÁSTEGUI, Jesús (ed.), *Orígenes de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, Editora Nacional, Madrid, 1984; GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (ed.), *Derechos humanos y Revolución francesa*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1991.

a reconocerse ciertos derechos sociales en las constituciones²⁸, hasta la Constitución de Weimar de 1919, que reflejó ese nuevo estatuto jurídico de los derechos fundamentales, siendo ejemplo de la conciliación entre derechos individuales y sociales en el marco del Estado social de Derecho.

Este nuevo enfoque implicó que el titular de estos derechos dejara de ser sólo el hombre en sentido individual, situándosele en su contexto concreto y comunitario. Esto llevó a que se considerara el individuo dentro de sus situaciones particulares, dando atención a los requerimientos de patronos, obreros, niños abandonados o ancianos sin recursos, entre otros.

En cuanto a los cambios que se observan para este periodo en relación con la protección de las minorías en particular, puede afirmarse que tras las revoluciones en Francia y Estados Unidos, ésta comenzó a desarrollarse en un estilo más secular: la Revolución Francesa de 1789, por ejemplo, estableció el principio de libertad de religión y culto público; la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, por otro lado, señalaba que el Congreso no podía hacer ninguna ley en relación con un establecimiento de una religión o prohibiendo el libre ejercicio de la misma. Poco tiempo después, en la Conferencia de Viena de 1815, apareció el tema por primera vez en el ámbito internacional, para regular la partición de Polonia. Más adelante las cláusulas de los tratados para la protección de minorías se hicieron más detalladas, en lo que puede observarse un cambio desde la protección de minorías religiosas a la protección de minorías nacionales.²⁹

Lo anterior, dentro del ámbito más amplio que proporcionó la consolidación de la idea moderna de *nación* a fines del siglo XVIII y a lo largo del XIX, pasando a ser el elemento cohesionador alrededor del que se formaba la identidad colectiva. En torno a la nación se formaron, a grandes rasgos, dos tendencias: la que la identificaba con el Estado y la que la entendía independiente de él.

A raíz de esto –y dentro de la configuración de Estados cuya población se pretendía unificar bajo la idea de “una nación” pero que en realidad estaba formada a partir de varias comunidades nacionales–, es que comenzó a ampliarse el ámbito de protección de minorías, abarcando no sólo grupos religiosos. Este desarrollo se plasmó en los Tratados de París de 1856 y de Berlín de 1878, donde ya se leía la idea de “minorías nacionales”. Sin embargo, aún no se establecían medidas para su puesta en práctica ni un sistema orgánico, y aunque en algunos casos la intervención humanitaria tuvo resultados, la ausencia de un esquema articulado implicaba limitaciones importantes.³⁰

THORBERRY afirma que la protección de minorías mediante tratados en el siglo XIX tenía rasgos organizados y desorganizados, siendo su tono general más de tolerancia que de estímulo. No obstante, la cantidad de ejemplos de protección de grupos mediante tratados permite hablar de una tradición de protección de minorías en el Derecho

²⁸ Según PÉREZ LUÑO, este periodo corresponde a una segunda etapa en la constitucionalización de los derechos humanos, en la que pueden identificarse los siguientes documentos relevantes: la Constitución francesa de 1793, que incluye derechos de los ciudadanos a prestaciones de trabajo, asistencia e instrucción; el catálogo de derechos fundamentales que en 1848 elaboró el Parlamento de Frankfurt, considerando algunos sociales como los de reunión y asociación; la publicación del Manifiesto Comunista el mismo año y la Segunda República Francesa con su correspondiente Constitución. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, op. cit.*, pp. 122-127.

²⁹ THORBERRY, P., *International law and the rights of minorities, op. cit.*, p. 29.

³⁰ LERNER, Natan, “The evolution of minority rights in International law”, en Catherine BRÖLMANN, René LEFEBER y Marjoleine ZIECK (eds.), *Peoples and minorities in international law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, pp. 77-101, p. 82.

Internacional, pues demuestra que el asunto concitaba preocupación internacional. A pesar de sus limitaciones, el autor considera que estos instrumentos eran más progresistas que retrógrados. De hecho, señala que el siglo XX ha seguido la tradición de proteger comunidades particulares, aunque complementándolo a la vez con un esquema “universal” mucho más ambicioso.³¹

³¹ THORBERRY, P., *International law and the rights of minorities*, op. cit., p. 32.

3. Desarrollo e Internacionalización de los Derechos de Minorías

Como se puede observar, hasta comienzos del siglo XX la protección de los derechos humanos había sido un aspecto de exclusiva competencia y jurisdicción de cada Estado. Para entonces, el Derecho Internacional era concebido como el orden jurídico que regulaba las relaciones entre los Estados, únicos sujetos dentro del sistema. Sin embargo, tras la Primera Guerra Mundial, la creación de la Sociedad de Naciones implicó el reconocimiento de cierto grado de personalidad jurídica a las organizaciones internacionales, marcando una pequeña apertura hacia la internacionalización de la protección de los derechos humanos. Aunque el Pacto de la Sociedad de Naciones no hacía mención explícita a estos últimos, varias de sus disposiciones fueron base de su tarea en este ámbito.³²

Por otro lado, después de la Gran Guerra el principio de las nacionalidades se convirtió en un principio rector de la política en toda Europa.³³ Esto, sumado a la internacionalización de los derechos humanos, llevó a que la Sociedad de Naciones se preocupara de la protección de minorías y la hiciera parte muy relevante de su programa.

3.1 Derechos de Minorías bajo la Sociedad de Naciones

El sistema de protección de minorías de la Sociedad de Naciones no estableció provisiones generales en el Pacto de la organización, sino que se estructuró en una compleja red de inserciones de cláusulas en tratados generales de paz, tratados específicos sobre minorías y declaraciones o compromisos unilaterales sobre el trato a grupos.³⁴ Eran instrumentos específicos que trataban situaciones específicas, mediante acuerdos entre los Principales Poderes Aliados y Asociados, y Estados con problemas de minorías. Se trataba de un plan de protección de minorías que no era generalizado sino particularista, pues comprendía tratados internacionales que garantizaban ciertos derechos a ciertas minorías y en los países derrotados, dejando a muchas otras fuera. No establecía estándares o reglas generales que pudieran invocar todas las minorías

³² GÓMEZ ISA, Felipe, “La protección internacional de los derechos humanos”, en F. GÓMEZ ISA (dir.) y J. M. PUREZA, *La protección internacional de los derechos humanos...*, op. cit., pp. 23-60, p. 26.

³³ ARP, B., *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, op. cit., p. 3.

³⁴ THORBERRY, Patrick, “The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations, and an Update”, en Alan PHILLIPS y Allan ROSAS (eds.), *Universal minority rights*, Åbo Akademi University Institute for Human Rights y Minority Rights Group (International), Turku/Åbo y Londres, 1995, pp. 13-76, p. 13.

nacionales.³⁵ Al respecto, CASTELLÁ SURRIBAS señala que esta preferencia por el trato particularizado del asunto determinó que el sistema creado se dispersara en muchos “tratados de minorías” tras los cuales se escondían instrumentos internacionales de naturaleza política y jurídica muy diversa, que de todos modos sirvieron de puerta de entrada a los derechos para todos los habitantes de un Estado y como primer antecedente de la protección de derechos humanos.³⁶ Lo cierto es que el objetivo mismo de la protección de minorías bajo la Sociedad de Naciones era esencialmente político, no humanitario: con ella se pretendía prevenir los conflictos interestatales que habían ocurrido antes debido al maltrato y la opresión de las minorías nacionales.³⁷

Aunque en el sistema de protección de minorías de la Sociedad de Naciones las normas fueran obligatorias sólo para los Estados que firmaran estos tratados o declaraciones, cabe destacar que no podían ser derogadas por la legislación nacional, que constituían derecho fundamental en cada Estado signatario y que si un Estado quería cambiar alguna de ellas requería la aprobación de la mayoría del Concejo de la Sociedad de Naciones. En caso de disputa entre los miembros del Concejo y un Estado que violara una obligación bajo las provisiones sobre minorías, el caso era remitido al Tribunal Permanente Internacional de Justicia, cuya jurisdicción era obligatoria.

En cuanto al contenido mismo de las normas, aunque se intentó mejorar la protección ampliando la práctica tradicional mediante tratados, las cláusulas que planteó Woodrow Wilson con ese objetivo no fueron bien recibidas: trascendían la prohibición de discriminación, exigían una actuación positiva por parte de los Estados con respecto a sus minorías “raciales o nacionales”, y además incluían derechos colectivos que generalmente provocan rechazo en los Estados incluso en la actualidad.³⁸

En general, los tratados contenían disposiciones sobre la protección de miembros de grupos residentes o nacidos en los Estados afectados, contra la pérdida de nacionalidad resultante de los acuerdos territoriales de posguerra: los Estados debían garantizarles la protección de su vida y de su libertad, así como el derecho a ejercitar libremente cualquier credo o religión, a menos que eso afectara el orden público o la moral.

Por otro lado, además de conceder a todos los nacionales de un Estado igualdad frente a la ley e igual disfrute de derechos civiles y políticos, los tratados contenían provisiones específicas para las minorías raciales, religiosas o lingüísticas, para que disfrutaran del mismo trato que otros nacionales no sólo en la ley sino también en términos prácticos. Por ejemplo, miembros de estas minorías podían establecer escuelas e instituciones sociales, religiosas o de caridad, usar su idioma y ejercer su religión incluso ante los tribunales. En cuanto a esto último, cabe destacar que se acordó que, en localidades con proporción considerable de nacionales con lengua materna distinta de la oficial, se facilitaría la enseñanza de sus niños en su propio idioma en escuelas primarias, y se garantizaría una distribución equitativa de los fondos públicos para fines educacionales, caritativos o religiosos. En general, los propósitos de todas las provisiones de minorías eran evitar la asimilación forzada, permitir la participación política de

³⁵ KYMLICKA, Will, “La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía”, traducción de Josep Ventura, *Revista Española de Ciencia Política*, n° 17, octubre 2007, pp. 11-50, p. 17.

³⁶ CASTELLÁ SURRIBAS, S., “La protección internacional de las minorías”, *op. cit.*, pp. 666-667.

³⁷ AZCÁRATE, Pablo de, *Minorías nacionales y Derechos humanos*, Universidad Carlos III y Congreso de los Diputados, Madrid, 1998, p. 126.

³⁸ THORBERRY, P., *International law and the rights of minorities*, *op. cit.*, pp. 38-40.

miembros de minorías, asegurar la preservación de su identidad de grupo y garantizar la igualdad y la no-discriminación.³⁹

Estos derechos incluidos en disposiciones especiales para minorías constituían la razón de ser del sistema desde el punto de vista de las minorías, compensando en algunos casos la imposibilidad de alcanzar la autodeterminación total. El sistema pretendía garantizar una convivencia pacífica entre mayorías y minorías dentro de un Estado, para lo cual se requería tanto la igualdad entre minorías y otros nacionales en todo ámbito, como la garantía de los medios para preservar sus particularidades, tradiciones y características nacionales propias.

Quizás el aporte más relevante del sistema de la Sociedad de Naciones en cuanto a la protección de minorías fue el reconocimiento de la existencia de éstas, estableciendo expresamente que no eran una construcción teórica sino una realidad que mostraba necesidades humanas para cuya satisfacción se requería regulación legal. Además, reconoce la cuestión de las minorías como un asunto con parámetros distintos y de interés *internacional*, fomentando a la vez la protección de los derechos humanos en leyes estatales y constitucionales.

En términos prácticos, se logró cierta protección de ciertos grupos abandonados, se establecieron instituciones de minorías en varios países, se resistió la asimilación forzosa y algunas minorías pudieron participar en los asuntos políticos de sus Estado. En general, puede afirmarse que los instrumentos trascendieron el nivel de la tolerancia de minorías y que significó una mejoría con respecto a la protección que había antes al respecto, pues establecía una garantía colectiva de la comunidad internacional para estos efectos.

Sin embargo, el sistema de la Sociedad de Naciones no pretendía tener aplicación universal y finalmente la conclusión en la que muchos observadores acordaban era que quizás resultaba preferible un sistema más general. KYMLICKA plantea que este particularismo fue un factor relevante que influyó en que posteriormente la idea de derechos de minorías se olvidara y desapareciera del contexto jurídico internacional de la posguerra, siendo reemplazada por un nuevo interés en los derechos humanos en general.⁴⁰

A pesar de las limitaciones que pudo tener el sistema de protección de minorías de la Sociedad de Naciones, hay un acuerdo general entre historiadores y académicos del Derecho en cuanto a que no fueron sus propias falencias las que llevaron a su fracaso, sino principalmente la situación política de Europa en los años posteriores a la Primera Guerra Mundial, con una democracia y un Estado de Derecho diezmados por los regímenes nazi y fascista: las normas que obligaban a algunos Estados a garantizar los derechos de las minorías nacionales que formaban parte de su población, fueron destruidas junto con el resto de las libertades básicas. Esta situación hizo imposible un análisis serio y constructivo de los puntos fuertes y débiles del sistema, el que finalmente no pudo hacer nada frente a la indisposición de hacerlo funcionar. Entre 1939 y 1947, las circunstancias generales cambiaron hasta que el sistema en general dejó de existir.

Existe una opinión generalizada en cuanto a que las normas de protección de minorías establecidas en los tratados del sistema de la Sociedad de Naciones no crearon derecho consuetudinario, por lo que THORNBERRY afirma que el orden mundial de

³⁹ LERNER, N., "The evolution of minority rights in International law", *op. cit.*, p. 84.

⁴⁰ KYMLICKA, W., "La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías...", p. 17.

posguerra comenzó con una *tabula rasa* en el asunto de tolerancia y fomento de minorías, en el que los Estados podían actuar como querían a menos que estuviesen obligados por algún tratado relevante. De todos modos, el autor explica que probablemente se rechazó este sistema en su ámbito simbólico debido a su falta de generalización, su mal uso por parte de los Estados poderosos, su fracasado propósito político y su limitado interés humanitario. Sin embargo, el rechazo de su estructura y práctica no implicó necesariamente uno de sus normas, pues aunque éstas no generaron derecho consuetudinario, formaron parte de un patrón consistente de Derecho Internacional.⁴¹

3.2 Derechos de Minorías en la Sociedad Internacional Contemporánea

El periodo de entreguerras fue escenario de un importante movimiento de académicos, opinión pública y políticos, por el reconocimiento internacional de los derechos humanos en general. Un rol fundamental jugaron los académicos del Instituto de Derecho Internacional, con una actitud positiva frente al tema, a diferencia de los gobiernos reacios a aceptar obligaciones de Derecho Internacional acerca del trato que daban a sus ciudadanos. En 1929, la entidad aprobó en Nueva York una Declaración de Derechos Internacionales del Hombre que, desafiando la idea de la soberanía absoluta del Estado y abogando por la igualdad jurídica de todos los miembros de la comunidad internacional, dio comienzo a un proceso de internacionalización de los derechos humanos.

Además, los horrores de la Segunda Guerra Mundial hicieron madurar en los aliados la idea de que la protección de los derechos humanos ya no era algo doméstico al arbitrio de los Estados sino un problema internacional y algo necesario para la paz y el progreso internacionales. De todas maneras, hubo que esperar hasta la Conferencia de San Francisco para concretarla, pues aunque en 1944 se discutió acerca de los derechos humanos en Dumbarton Oaks, Gran Bretaña se opuso firmemente ante las posibles críticas de Naciones Unidas –cuya creación se decidió entonces– acerca de la organización interna de los Estados miembros, pues aún tenía colonias. Como bien apunta Felipe GÓMEZ ISA, “la cuestión de la soberanía va a estar siempre planeando a la hora de llegar a compromisos en materia de derechos humanos”⁴².

Recién a mediados del siglo XX, entonces, con la creación de Naciones Unidas, se puede poner fecha a la internacionalización de los derechos humanos. Si bien el proceso venía desarrollándose en esa dirección desde hacía años, fue éste el catalizador que hizo que los derechos humanos tuviesen tal protagonismo en San Francisco, en circunstancias de segunda posguerra. A partir de entonces, la protección de las minorías nacionales comenzó a desarrollarse principalmente dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Siguiendo la idea anterior, hay que considerar que, de ser cierto el viejo aforismo *ubi societas, ibi ius*, el Derecho es ciertamente una necesidad social. Si el Derecho Internacional es auténtico derecho, podemos decir que para entender el Derecho Internacional de Derechos Humanos es imprescindible comprender las características de

⁴¹ THORNBERRY, P., *International law and the rights of minorities*, op. cit., pp. 113-117.

⁴² GÓMEZ ISA, F., “La protección internacional de los derechos humanos”, op. cit., p. 31.

la sociedad internacional que lo ha configurado para regular las relaciones entre sus miembros. Esta sociedad no es la misma de otros tiempos, por lo que el ordenamiento jurídico que se crea tampoco se corresponde con los que hubo en otras épocas sino que obedece al contexto histórico en el que se ubica, pues sus características son determinadas por las sociales.

En los procesos históricos siempre confluyen elementos de continuidad y de cambio que muchas veces están en tensión.⁴³ Por eso es necesario comprender los orígenes de la sociedad internacional actual y las características de la que le precedió, con el fin de identificar los elementos de ésta que aún se encuentran presentes en nuestros días. Las tensiones entre aspectos de otra época y aspectos nuevos son muchas veces la razón de los conflictos que surgen en los procesos históricos de la humanidad, y en este caso, los cambios que ha sufrido la sociedad internacional y la forma en que se ha regido jurídicamente explican también la evolución que ha tenido el Derecho Internacional de derechos humanos y, dentro de él, el Derecho de minorías. Muchos de los problemas que se dan actualmente en este último tienen sus orígenes y explicación en ese ámbito más amplio.

3.2.1 LA SOCIEDAD INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEA Y SU ORDEN JURÍDICO

Como es sabido, las raíces de nuestra sociedad internacional y del Derecho Internacional contemporáneo se encuentran en el origen de la Modernidad.⁴⁴ El Derecho Internacional de comienzos de la Edad Moderna se distingue del orden medieval, estableciendo de manera más clara las definiciones de conceptos como la *población* y el *territorio*⁴⁵ del Estado (al desaparecer los privilegios personales y las subordinaciones de derecho feudal, respectivamente), y sitúa el *poder del Estado* (la soberanía) como su elemento esencial.⁴⁶ La aparición de grandes espacios libres que trajo la conquista europea de América, implicó un cambio en la ordenación espacial de Europa, la que también fue posible gracias a la nueva ordenación del espacio físico, basado en el equilibrio entre Estados territoriales.⁴⁷ Esto influyó en la Escolástica española de los siglos XVI y XVII, la cual, impulsada por el debate sobre la justificación de la incorporación de nuevos territorios a la Corona de Castilla, amplió su reflexión teológica y jurídica hasta

⁴³ Desde una perspectiva histórica, consúltese BLOCH, Marc, *Introducción a la Historia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1970. Desde un punto de vista sociológico, NISBET, Robert *et al.*, *Cambio social*, Alianza, Madrid, 1979, selección integrada de diez estudios de distintos intelectuales sobre organización y cambios sociales en la sociedad contemporánea, que también incluye trabajos desde perspectivas antropológica, histórica y política.

⁴⁴ Según Manuel MEDINA, “[e]n los albores de la Edad Moderna se configura en Europa el sistema de Estados que ha subsistido hasta nuestros días. Se trata de entidades políticas asentadas sobre una base territorial con un alto grado de centralización”. *Teoría y formación de la sociedad internacional*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 493.

⁴⁵ En la era feudal las fronteras no demarcaban un pueblo o comunidad en particular, pues no se entendía que siervos y señores pertenecían a una misma sociedad ya que las élites estaban segregadas de los plebeyos. KYMLICKA, W., *Fronteras territoriales*, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁶ STADTMÜLLER, Georg, *Historia del Derecho Internacional Público*, Parte I, Aguilar, Madrid, 1961, p. 155.

⁴⁷ SCHMITT, Carl, *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*, Madrid, 1979, p. 157.

elaborar una teoría de la comunidad internacional y de su orden jurídico, el “Derecho de gentes”.⁴⁸

Estas ideas adquirieron madurez en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, una vez que la Revolución Francesa inaugurara una nueva ideología en Europa, un nuevo tipo de sistema político y, en última instancia, un nuevo orden interestatal. De hecho, la primera vez que se usa la expresión *International Law* es con BENTHAM, a fines del siglo XVIII⁴⁹, y la configuración del Derecho de gentes como un Derecho de *Estados* viene de la Ilustración alemana, de la mano de KANT.⁵⁰

Como ya se ha mencionado antes, esos Estados que conforman la sociedad internacional constituyen unidades soberanas delimitadas territorialmente. Debido a la importancia del territorio como elemento constitutivo esencial del Estado moderno⁵¹, la

⁴⁸ VITORIA es quien se refiere por primera vez al *ius gentium* como un Derecho entre pueblos entendiéndolo a éstos como naciones, y lo define como las leyes promulgadas por todo el orbe, por lo que todo reino debe acatarlo (Francisco DE VITORIA, *Relectio de potestate civilis*) Sus principales contribuciones al Derecho Internacional pueden encontrarse en las *Relecciones de Indis* y las *Relecciones de iure belli*, publicadas tras su muerte en 1557. Consúltese GAMARRA, Yolanda e Ignacio DE LA RASILLA (eds.), *Historia del pensamiento iusinternacionalista español del siglo XX*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, particularmente los artículos de M. KOSKENNIEMI, “Imperio y Derecho internacional. La verdadera contribución española” (pp. 37-77), J.A. PASTOR RIDRUEJO, “Francisco de Vitoria y la modernidad de sus enseñanzas: ‘ius ad bellum’ y ‘ius in bello’” (pp. 79-87) y A. ANGHIE, “Francisco de Vitoria y los orígenes coloniales del Derecho internacional” (pp. 89-108). Hugo GROCIUS, por otro lado, es el primero que ofrece una exposición general del Derecho de gentes en su *De iure belli ac pacis* (1625), que para muchos es el primer tratamiento sistemático del Derecho Internacional. Consúltese ST. LEGER, James, *The “Etiam si Diemur” of Hugo Grotius. A study in the origins of International law*, Typis Pontificiae Universitatis Gregorianae, Roma, 1962, p. 10; STADTMÜLLER, G., *Historia del Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 151. Para estudios acerca de GROCIUS, véase la colección de artículos publicados en distintas revistas especializadas y reunidos en DUNN, John e Ian HARRIS (eds.), *Grotius*, vols. I y II, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1997.

⁴⁹ HERRERO Y RUBIO, Alejandro, *Historia del Derecho de gentes y de las relaciones internacionales*, 2ª ed., Gráficas Andrés Martín, Valladolid, 1959, p. 133. BENTHAM se refiere a la calidad política de las personas cuya conducta es el objeto de la ley, quienes pueden ser consideradas como miembros del mismo Estado (ley interna) o de otro distinto (jurisprudencia *internacional*, apuntando que la palabra es nueva y que pretende designar la ley entre naciones (*An introduction to the principles of morals and legislation*, Cap. XIX, nº XXV). Posteriormente, en su *Principles of International law*, se refiere a lo que él entiende como un código internacional universal entre naciones soberanas.

⁵⁰ KANT se refiere a *Völker* –Gentes– como *Staaten* –Estados–, y por tanto dice que el Derecho de gentes –*Völkerrecht*– rige el Derecho entre Estados –*das zwischenstaatliche Recht*–. HÖFFE, Otfried, “Völkerbund oder Weltrepublik?”, en Otfried HÖFFE (ed.), *Immanuel Kant. Zum ewigen Frieden*, Akademie Verlag, Berlín, 2011, pp. 77-93, p. 78. Para KANT, este orden jurídico asegurará la paz internacional, y en sus obras *Über Theorie und Praxis* y *Zum ewigen Frieden* establece para él tres modelos: una comunidad cosmopolita (un Estado mundial, monarquía universal), un Estado de pueblos (*Völkerstaat*, según el segundo artículo definitivo que establece para una paz perpetua en la sección segunda de la obra: KANT, Immanuel, *Zum ewigen Frieden*, Im Scherpe-Verlag, Krefeld, 1947, pp. 17-22; puede consultarse la versión en castellano en KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, traducción de Joaquín Abellán, Alianza, Madrid, 2002, pp. 58-63) o una liga de pueblos (*Völkerbund*). Consúltese también BYRD, Sharon y Joachim HRUSCHKA, *Kant’s Doctrine of Right. A commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 196-200.

⁵¹ Aunque en las primeras definiciones de Estado no se incluía explícitamente el territorio, lo cierto es que los teóricos de entonces lo consideraban parte de él igualmente. BODIN, por ejemplo, afirma que “la república debe contar con un territorio suficiente para albergar a sus habitantes, una tierra fértil y ganado abundante para alimento y vestido de los súbditos...” (*Les six livres de la république*, libro I, capítulo I, segundo párrafo: “*la Republique doit avoir un territoire suffisant, et lieu capable*

conquista de los espacios se convirtió en la meta suprema para cada Estado para aumentar su poder y riqueza, que radicaban en la tierra. Un mayor tamaño y expansión espacial significaban progreso para los Estados. La soberanía, que en un comienzo recaía en el gobernante, más adelante se traspasó a la nación, constituyéndose desde la Revolución Francesa el Estado-nación moderno, unidad política que fue hasta hace algunas décadas único actor del sistema internacional y único titular de Derecho Internacional. Como ya se ha mencionado, la íntima relación que esta entidad significó entre la nación y el territorio, es el punto de partida de los conflictos nacionalistas que ha habido desde hace décadas en el mundo, pues ha resultado ser una creación artificial que no se condice con la situación real de lo que es la comunidad internacional actual: un conjunto de Estados multinacionales, conformado por grupos de diversas identidades nacionales y étnicas.

Así, en la sociedad internacional contemporánea, los rasgos que han ido apareciendo después de la Segunda Guerra Mundial, coexisten con otros heredados de la sociedad internacional precedente. Más aun, su estructura básica responde esencialmente a la clásica de yuxtaposición entre Estados soberanos. No obstante, tiene un elemento nuevo importante: la cooperación, pues busca satisfacer intereses comunes y además está parcialmente organizada, lo que constituye una novedad posterior a 1945 y configura una sociedad en la que el Estado es el actor decisivo, pero no el único.

Es, por tanto, “una sociedad horizontal, escasamente institucionalizada, con un número limitado de sujetos que partiendo del principio de igualdad formal –la igualdad soberana– persigue su coexistencia y, eventualmente, articula una cooperación para satisfacer intereses comunes mediante organizaciones intergubernamentales que reciben de la cabeza jupiterina de los Estados una cierta subjetividad.”⁵²

pour les habitants, la fertilité d'un país assez plantureux, et quantité de bestail pour la nourriture et vestemens des subjects...”). La importancia del territorio en el Estado moderno puede verse en JELLINEK, quien entiende que “[c]omo concepto de Derecho es, pues, el Estado, *la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio*; o para aplicar un término muy en uso, *la corporación territorial dotada de un poder de mando originario*.” (JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, traducción de Fernando de los Ríos, Albatros, Buenos Aires, 1954, p. 258.) BISCARETTI, por su parte, lo define como “un ente social que se forma cuando, en un *territorio* determinado, se organiza jurídicamente un *pueblo* que se somete a la autoridad de un Gobierno” (“un ente sociale che viene a formazione quando, su un *territorio* determinato, un *popolo* si organizza giuridicamente, sottoponendosi all'autorità di un *governo*”, BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Diritto costituzionale*, 3ª ed., Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1954, p. 26. Traducción propia, cursivas originales). El autor afirma que el territorio es un elemento constitutivo del Estado, pues si “se extiende, el Estado también se engrandece; si disminuye, el Estado se achica, y si, por último, desaparece el territorio, con éste se extingue el Estado” (pp. 104-105). Hans KELSEN también dice que territorio, población y poder son los tres elementos estatales que distingue la doctrina tradicional, y añade que el primero no debe ser necesariamente una unidad geográfica sino que pueden estar separadas (colonias, por ejemplo) pero unidas bajo un mismo orden jurídico. Para él, “el territorio del Estado no es en realidad sino el ámbito espacial de validez del orden jurídico llamado Estado” (*Teoría general del Derecho y del Estado*, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma, México D.F., 1979 [1949], p. 247). Consúltense también, entre otros, SERRA ROJAS, Andrés, *Teoría del Estado*, 13ª ed., Porrúa, México D.F., 1990 [1959], p. 272 (quien considera el territorio fundamental para el Estado no como elemento constitutivo suyo sino por su relación con el orden jurídico relativo) y BURDEAU, Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 8ª ed., Librairie Générale de Droit et Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1959 (el territorio no es elemento constitutivo del Estado pero sí condición indispensable para que la autoridad política se ejerza eficazmente).

⁵² REMIRO BROTONS, Antonio *et al.*, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 4.

Esta estructura de la sociedad internacional que conjuga elementos de continuidad (yuxtaposición de Estados) y de cambio (satisfacción de intereses comunes y parcial organización con ese fin), llevó a que el Derecho Internacional contemporáneo surgiera como un ordenamiento jurídico que también contiene tanto características heredadas del clásico como otras de nueva generación. Así lo afirma AUBY, por ejemplo, para quien “la situación de hoy es un compuesto de Derecho clásico y transformado. Estamos ante la coexistencia de un modelo antiguo y otro nuevo, sin que se haya, pues, producido la sustitución plena del primero por el segundo.”⁵³

Ahora bien, cuando estas características se encuentran, no siempre lo hacen en armonía sino más bien provocando cierta tensión. De esa manera, aunque la creciente interdependencia entre los Estados ha motivado un énfasis en la cooperación dentro de la comunidad internacional a través de instituciones y organizaciones internacionales que la articulen eficaz y racionalmente, el funcionamiento real de su sistema normativo sobre la base de ajustes de los intereses estatales contrapuestos resulta muchas veces un obstáculo significativo para eso. El Derecho Internacional contemporáneo se ha enriquecido con nuevos principios, nuevas normas y nuevos conceptos, incorporando valores comunes en un mundo cada vez más interdependiente donde entran en juego intereses colectivos de diversos actores además de los Estados soberanos. Sin embargo, éstos son sólo de los primeros pasos de una evolución en progreso desde el bilateralismo tradicional hacia una visión donde prevalecen intereses más altos compartidos por todos los Estados de la comunidad internacional, en la que prima el multilateralismo.⁵⁴ En este sentido, cabe mencionar el planteamiento de AUBY, según quien el Derecho Internacional Público está cada vez menos centrado en el Estado y puede verse cada vez más como un Derecho transnacional. Esto, porque tanto el objeto como los sujetos de este Derecho han ido orientándose hacia los ciudadanos (el mejor ejemplo de esto lo constituyen los Derechos humanos, precisamente), las empresas y otras organizaciones privadas, para garantizar la protección de sus derechos frente a los Estados y el desarrollo de la democracia en el mundo. De ese modo, tiende cada vez más a unificar los derechos internos, transformándose poco a poco en un Derecho del que se sirven todas las naciones.⁵⁵

Por todo lo expuesto, para comprender el Derecho Internacional hay que situarlo, dentro de un proceso de transición, entre dos polos de atracción y lo que ellos implican: la soberanía de los Estados –que supone voluntarismo, discrecionalidad, relativismo y subjetividad– y la sociedad internacional –como medio colectivo que impone ciertos límites a los Estados que en él se desenvuelven–.⁵⁶

A raíz de lo anterior, el Derecho Internacional contemporáneo se ha ido conformando como un ordenamiento jurídico descentralizado y con graves carencias

⁵³ AUBY, Jean-Bernard, *La Globalización, el Derecho y el Estado*, traducción de Emilio Guichot, Marta Franch, Carlota Ruiz y Rafael Sicilia, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012, p. 233.

⁵⁴ Una visión bastante optimista al respecto puede encontrarse en CANÇADO TRINDADE, Antônio, *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium*, Martinus Nijhoff, Leiden y Boston, 2010. Una postura algo más cauta, y que repara en la importancia de la falta de mecanismos obligatorios de imposición de normas internacionales, dada la descentralización de la sociedad internacional, puede consultarse en KATSELLI, Elena, *The problem of enforcement in International law: countermeasures, the non-injured state and the idea of international community*, Routledge, Londres y Nueva York, 2010.

⁵⁵ AUBY, J.-B., *La Globalización, el Derecho y el Estado*, op. cit., pp. 232-233.

⁵⁶ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1976 [1969], p. 294.

institucionales, que no ha logrado imponer un proceso obligatorio para la solución de controversias y que por tanto da cabida a una fuerte politización del mismo y presenta una precariedad de sanciones que facilita la violación de sus normas. Es decir, un orden jurídico que en la práctica es objeto de una preocupante politización y es además bastante ineficaz, al menos en el plano universal, pues las estructuras regionales han tenido mayores logros gracias a la relativa homogeneidad entre los intereses de sus miembros.

En este contexto, una de las principales características del Derecho Internacional contemporáneo es su escasa institucionalización. La estructura de la sociedad internacional basada en Estados soberanos yuxtapuestos, implica que el orden jurídico que regula sus relaciones sea descentralizado, ya que prima el principio de igualdad soberana entre ellos, es decir, que el Estado no tiene por encima de él ninguna autoridad salvo la del Derecho Internacional, que no es un ente propiamente tal y que además está constituido precisamente por los mismos Estados.

Esto explica la incertidumbre y el relativismo⁵⁷ en el plano normativo del Derecho Internacional, considerando que los Estados son a la vez creadores y destinatarios de sus normas. Al respecto, cabe recordar la teoría de SCHELLE acerca de cómo las carencias institucionales de la sociedad internacional fuerzan lo que él denomina “la técnica del desdoblamiento funcional” (*dédoublement fonctionell*) de sus miembros (los Estados), que actúan a la vez por ellos mismos y por la comunidad internacional.⁵⁸ Por lo tanto, cumplen directamente las tres funciones de creación, verificación jurisdiccional y ejecución del Derecho, borrándose toda distinción entre legislador, juez y gendarme –por un lado– y el destinatario de las normas –por otro–. En palabras del autor: “[e]l sentido de la técnica del desdoblamiento funcional se precisa así: el institucionalismo estatal sustituye solo, individual y paralelamente, las deficiencias del orden constructivo internacional, toda vez que es necesario recurrir a una institución pública. O si se prefiere, todo gobierno estatal tiene competencia para crear *solo, de acuerdo o en conflicto* con otros, y para *realizar* el Derecho Internacional de manera legislativa, judicial y ejecutiva.”⁵⁹ Por lo tanto, puede decirse que en el Derecho Internacional las normas son obligaciones consentidas –activa o pasivamente– por sujetos que no reconocen autoridad superior a ellos.

Ese desdoblamiento funcional de los Estados implica que haya un índice de observancia espontánea de las normas internacionales bastante elevado por su parte, lo que es lógico porque los Estados no se ven obligados por reglas que no han consentido: su consentimiento es la base de estas normas, por lo que responden a sus intereses.

⁵⁷ “El relativismo del Derecho internacional significa ante todo que la voluntad del Estado soberano tiene una singularidad que la hace intransferible e irremplazable, por lo que no es sostenible una concepción abstracta y formalista del Derecho internacional” y que “en principio, para que una obligación se vincule a un Estado o una situación produzca efectos jurídicos respecto de él, es preciso que dicho Estado haya participado en su creación o las haya reconocido.” CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, *op. cit.*, p. 107.

⁵⁸ SCHELLE, Georges, “Quelques réflexions sur l’abolition de la compétence de guerre”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1954, pp. 5-22.

⁵⁹ “Le sens de la technique du dédoublement fonctionnel se précise ainsi: l’institutionnalisme étatique supplée seul, individuellement et parallèlement, aux déficiences de l’ordre constructif international, toutes les fois qu’il y a lieu de recourir à une institution publique. Ou si l’on préfère, tout gouvernement étatique a compétence pour créer *seul, d’accord ou en conflit* avec d’autres, et pour *réaliser* le Droit international, législativement, judiciairement, exécutivement.” SCHELLE, G., “Quelques réflexions...”, *op. cit.*, p. 9. Traducción propia.

Por otro lado, el Derecho Internacional contemporáneo se caracteriza también por la ausencia en él de un proceso jurisdiccional obligatorio para solucionar las controversias que pueden generarse entre sus sujetos. La importancia del consentimiento de los Estados para la creación de las reglas internacionales se explica, como se ha mencionado, por la estructura de la sociedad internacional como un conjunto de Estados soberanos e iguales en situación de yuxtaposición. Por tanto, puede afirmarse que el principio base sobre el que esta sociedad se configura es el de la *soberanía del Estado*, algo propio del ordenamiento clásico pero que aún puede calificarse como un auténtico principio constitucional en el actual.

Por lo anterior, aunque una novedad muy significativa del Derecho Internacional contemporáneo sea la prohibición del uso de la fuerza, la importancia de la soberanía estatal y de la igualdad formal entre Estados implica que éstos tengan total libertad para elegir el medio con el que solucionen sus eventuales controversias, limitados sólo por la obligación de ser un medio pacífico. Se trata así de una obligación de comportamiento, no de resultado, ya que se obliga sólo a intentar solucionar las controversias pacíficamente, pero al conservar libertad soberana de acción y decisión, los Estados pueden no coincidir en los medios escogidos o simplemente no llegar a una solución, lo que incluso puede agravar el problema.

Por lo general, si están en juego intereses relevantes para los Estados involucrados, éstos prefieren buscar un arreglo a las controversias por medios políticos, no jurisdiccionales. Esos mecanismos, que son la única manera de solucionar conflictos mediante una sentencia obligatoria para los Estados y fundada en el Derecho Internacional, requieren la voluntad de Estados normalmente reacios a consentir obligarse de esa forma y perder su libertad de acción. De esta manera, el medio de arreglo de una controversia lo determina principalmente la actitud de los Estados y no el carácter del conflicto. De hecho, puede que para un mismo tipo de controversias los Estados adopten a veces una posición jurídica y otras una política.⁶⁰

Los Estados han mostrado una fuerte resistencia frente a la jurisdicción obligatoria, debido a la incógnita que implica la indeterminación de su resultado, recelo que puede apreciarse en las reservas con las que muchos Estados han aceptado la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia, y en general en un régimen de reservas bastante liberal establecido en la Convención de Viena, que deja un buen margen de decisión a cada Estado respecto a aceptar obligarse a determinadas normas al firmar un tratado.

Esta situación significa además que la función de la jurisprudencia de los órganos judiciales y arbitrales en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional es inferior a la deseable, con un margen de actuación reducido. El problema es que la situación parece atrapada en un círculo vicioso, pues si uno de los factores que explican la situación de *impasse* en que está la jurisdicción obligatoria es la misma insuficiencia del desarrollo progresivo del Derecho Internacional para adecuarse a las nuevas exigencias⁶¹, es difícil ver cómo la jurisprudencia puede contribuir a dicho desarrollo.

⁶⁰ Según HERSCH LAUTERPACHT, como el Estado es una institución política, todas las cosas que le afectan —especialmente en su relación con otros Estados— son por tanto políticas también. Por eso, afirma que toda disputa internacional es de carácter político, lo que se vuelve más importante debido a las falencias del Derecho Internacional. *The function of law in the international community*, Archon Books, Hamden, Connecticut, 1966 [reimpresión de la 1ª ed. de 1933], p. 153.

⁶¹ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, op. cit., p. 177.

La imposibilidad del Derecho Internacional de establecer la jurisdicción obligatoria para los Estados implica una importante politización de la solución de controversias que no asegura que su resultado sea el más justo ni el más eficaz. En primer lugar, porque la igualdad formal entre los Estados contrasta mucho con la desigualdad que hay en realidad, lo que puede traer soluciones injustas de un conflicto que enfrente a Estados con distinto nivel de poder. Si, en cambio, ese poder es equiparable, puede peligrar la eficacia de la solución acordada.

Debido a la primacía de los medios políticos sobre los jurisdiccionales, especialmente si los conflictos tratan sobre asuntos de especial interés para los Estados, es que PASTOR RIDRUEJO afirma que la existencia del imperio de la ley o el Estado de Derecho en la sociedad internacional es bastante cuestionable.⁶²

La falta de institucionalización, la politización de la solución de controversias y el necesario consentimiento de los Estados para la conformación de las reglas jurídicas internacionales, han provocado que la prevención y la sanción de sus violaciones presenten graves insuficiencias, pues en muchas ocasiones los Estados no acceden a obligarse.

De esta manera, buena parte del Derecho Internacional consiste solamente en obligaciones de comportamiento, no de resultado, las que además son aplicadas por los mismos Estados y cuyo cumplimiento es difícil de controlar.

En la práctica, esto se ha reflejado en la ineficiencia del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (en adelante, CSNU) para mantener la paz en diversos conflictos en los que se han observado graves violaciones del Derecho Internacional que ponen en peligro la paz y seguridad internacionales, cuyo mantenimiento constituye precisamente su objetivo central.⁶³ La eficacia de las sanciones a estos actos depende finalmente de la voluntad y el nivel de poder de los Estados, lo que explica, por ejemplo, que el derecho de veto que tienen los cinco miembros permanentes del CSNU se traduzca muchas veces en su paralización.⁶⁴

⁶² PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2010 [1986], p. 26.

⁶³ María Eugenia LÓPEZ-JACOISTE se refiere a los diversos factores –limitaciones de la propia Carta de Naciones Unidas, el amplio margen de apreciación que permite a los Estados actuar con bastante discrecionalidad, etc.- que dificultan la actividad del CSNU y que han hecho que se destaque por su omisión o inacción en varios casos. *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La legalidad de sus escisiones y el problema de su control*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 134-152.

⁶⁴ El veto es considerado como una de las principales razones por las que el CSNU no ha respondido adecuadamente a crisis humanitarias como las de Darfur en 1994 o Ruanda en 2004. WOUTERS, Jan y Tom RUYS, “Security Council reform: a new veto for a new century?”, Working Paper nº 78, Instituto de Derecho Internacional, Universidad Católica de Lovaina, junio de 2005. Disponible en www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP78e.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017]. Uno de los mejores ejemplos de esto ha sido lo ocurrido en Kosovo en 1999, cuando la división entre los miembros permanentes del CSNU llevó a la inacción de la ONU y consecuentemente a la intervención de la OTAN, sin la autorización del CSNU. ARIAS, Inocencio, “Humanitarian intervention: could the Security Council kill the United Nations?”, *Fordham International Law Journal* vol. 23, nº 4, 1999, artículo 2, pp. 1005-1027. En el artículo, el autor hace un breve resumen del modo en que se estableció el derecho de veto de los miembros permanentes del CSNU, y apunta varios otros casos que muestran el daño que puede causar a la legitimidad de Naciones Unidas y a su inacción, el uso abusivo del derecho a veto e incluso la sola amenaza del mismo. Un ejemplo más reciente lo constituye el conflicto en Siria que comenzó el 2011, en el que Rusia y China vetaron repetidas veces la aplicación de sanciones a sus líderes. El asunto lo analiza en

Finalmente, y como se podrá comprobar en el estudio de la protección de las minorías nacionales y de los pueblos indígenas, el Derecho Internacional contemporáneo presenta mayor eficacia en sus estructuras regionales de cooperación que en el ámbito universal. Aunque no se pueden desconocer los logros que gracias a Naciones Unidas se han obtenido en materia de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional, lo cierto es que la organización se ha mostrado ineficiente en la consecución de su objetivo principal: mantener la paz y la seguridad internacionales. Esto, debido a que a favor de su universalidad se ha debido sacrificar eficacia en su actuación en diversos conflictos: el hecho de ser tantos Estados los que la componen, la convierten en el foro más representativo de la comunidad internacional, pero también en una organización compuesta por miembros de muy diversos intereses que no es fácil congeniar. La división socio-económica entre Estados del norte y Estados del sur es un claro ejemplo de ello, que se traduce en una tensión entre países industrializados y países en desarrollo que muchas veces lleva a que los procesos de negociación dentro de Naciones Unidas queden estancados, dado que los primeros son más poderosos y los segundos son mayoría numérica.

Además –aunque ya mucho menos que en la Guerra Fría–, el derecho de veto que tienen los cinco miembros permanentes del CSNU también es causa de la inactividad de la organización en diversas controversias, considerando que éstas siempre afectan de una u otra manera a una de esas potencias.

En cambio, las organizaciones regionales se forman a partir de intereses y objetivos comunes más específicos, por lo que hay menos dificultades para llegar a entendimiento. Así puede entenderse, por ejemplo, el logro que significó el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, si se toma en cuenta que éste constituye una *comunidad ideológica*, basada en el triple pilar de democracia parlamentaria, Estado de Derecho y respeto a los Derechos humanos. La homogeneidad política entre los Estados miembros ha ayudado a que sea éste el ámbito donde más lejos se haya llegado en la protección internacional de los Derechos humanos, lo que de paso demuestra nuevamente la influencia de la política en el Derecho Internacional.

Considerando las características del Derecho Internacional contemporáneo mencionadas, puede decirse que el valor que éste tiene para los Estados es el de un condicionante más dentro de la toma de decisiones como proceso político, que les da cierta seguridad en sus relaciones con otros Estados. Es decir, radica en facilitar la coexistencia entre ellos a través de la cooperación y la reciprocidad en pos de intereses comunes. Básicamente, es el valor que se da al orden que dicta las normas que regulan las negociaciones entre sujetos interdependientes.

Lo anterior no coincide con el valor que tiene un orden que pretende alcanzar la paz y la seguridad internacionales, y eso explica la inadecuación de las necesidades de la sociedad internacional y los objetivos del Derecho Internacional, con los medios que éste tiene para lograrlos y satisfacer dichas necesidades.⁶⁵ Éstas, al parecer, no son las mismas que las necesidades de los Estados que la conforman y que configuran el orden jurídico que la regulan. El Derecho Internacional depende así en buena parte de la voluntad de los Estados y de la capacidad que tengan para hacer prevalecer sus intereses; es decir, es lo

profundidad Katja CREUTZ del Finnish Institute for International Affairs en el artículo “Can the law help? Debating Security Council inaction in Syria”, *FIIA Analysis*, nº 5, 2015. Disponible en http://www.fii.fi/en/publication/531/can_the_law_help/ [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁶⁵ REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *Derecho Internacional*, *op. cit.*, p. 3.

que los Estados –en especial los poderosos– quieren que sea, en pos de sus necesidades e intereses.

La importancia de la voluntad de los Estados en la configuración y el desarrollo del Derecho Internacional se debe a que el principio de la soberanía del Estado subyace a su estructura. Y aunque los cambios que se han ido sucediendo desde el fin de la Segunda Guerra Mundial han dado protagonismo a otros valores –humanización, socialización y democratización– en favor de un objetivo que busca una paz internacional reinterpretada a la luz del desarrollo, lo cierto es que estos elementos nuevos chocan muchas veces con la fuerte oposición de aquel principio tan arraigado como el de la soberanía, del cual los Estados que crean las reglas internacionales son extremadamente recelosos. Lo cierto es que, aunque nos encontramos en la Posmodernidad, nuestras estructuras mentales aún son modernas.⁶⁶

Esta tensión es propia de un proceso histórico en el que hay un tránsito de una época a otra, de los clásicos tiempos modernos al mundo contemporáneo; proceso histórico que, como tal, contiene en sí mismo elementos de cambio y de continuidad, que a veces no se acomodan muy fácilmente. El choque entre esos factores en la sociedad internacional actual puede verse en la coexistencia entre una estructura de la misma basada en la yuxtaposición de Estados soberanos e iguales, y su parcial organización para satisfacer intereses comunes.

Por otro lado, en el nuevo Derecho Internacional contemporáneo puede apreciarse esa coexistencia en los catálogos de principios fundamentales del mismo, presentes en diversos documentos como el Acta Final de Helsinki de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (en adelante, OSCE) o la Resolución 2625 de la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante, AGNU). En ellos pueden verse principios novedosos, como la prohibición del uso de la fuerza y la obligación del arreglo pacífico de las controversias, el respeto de los Derechos humanos, la igualdad de derechos, la libre determinación de los pueblos, la cooperación entre los Estados y el deber de cumplir las obligaciones contraídas según Derecho Internacional, que está por sobre los Derechos internos de los Estados. Pero al mismo tiempo, se identifican también principios clásicos que apuntan a la protección de la soberanía de los Estados: igualdad soberana, inviolabilidad de las fronteras y no intervención en asuntos internos. Así, por ejemplo, PASTOR RIDRUEJO afirma que “uno de los aspectos más destacables del Acta [de Helsinki] es el equilibrio entre los principios que reafirman la soberanía del Estado y el *statu quo* (...) y el principio VII que trata del respeto a los derechos del hombre”⁶⁷.

Ahora bien, dado que los Estados pretenden proteger su existencia mediante el Derecho Internacional, resulta muy poco probable que establezcan normas que amenacen su supervivencia.⁶⁸ Por lo tanto, si la tensión entre principios clásicos y

⁶⁶ “Si nos atuviésemos exclusivamente a los datos proporcionados por la ciencia y la técnica, parece indudable que la organización política de la humanidad sería bastante menos respetuosa de la soberanía de los Estados, pero las condiciones políticas y psicológicas de la humanidad están retrasadas respecto de su evolución material y de sus necesidades actuales (...). Frente a una interdependencia real y creciente, que reclama la superación del dogma de la soberanía, la verdad es que las viejas fuerzas históricas y las creencias tradicionales no han perdido su empuje.” CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 78.

⁶⁷ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público...*, op. cit., p. 226.

⁶⁸ “[N]o han de presumirse en ellos inclinaciones suicidas”, señala REMIRO BROTONS, A. et al., *Derecho Internacional*, op. cit., p. 129.

contemporáneos significa un peligro en este sentido, los Estados privilegian aquéllos que mejor les convengan. Es el caso de la relación entre la autodeterminación de los pueblos y la integridad territorial del Estado, donde se ha establecido que el primero debe interpretarse siempre a la luz del segundo (véanse las Resoluciones 1415 y 2625 de la AGNU), por lo que se descarta que la libre determinación implique un derecho de secesión.⁶⁹ La integridad territorial del Estado es el principio que más firmemente está asentado, y ni siquiera en los procesos de descolonización se reconoció un derecho de separación de los pueblos coloniales.⁷⁰

De todos modos, es sólo un Estado legítimo el que puede invocar un derecho a la unidad nacional y a su integridad territorial, lo que implica una limitación impuesta por un principio nuevo, propio del Derecho Internacional contemporáneo: el respeto de los Derechos humanos. Este asunto ejemplifica claramente cómo los Estados van intentando adecuar y congeniar valores clásicos y contemporáneos en el desarrollo del Derecho Internacional.

Lo anterior se explica al considerar los efectos que tuvo la Segunda Guerra Mundial en la sociedad internacional, especialmente en Europa: aquí se tomó conciencia de la posible aniquilación mutua a la que podía llevar la lucha por la primacía dentro de ella, en una competencia entre Estados extremadamente celosos de su soberanía. La escalada en la carrera nuclear que se vio en la Guerra Fría entre las dos superpotencias del momento (Estados Unidos y la Unión Soviética) reafirmó esto a nivel mundial. Por lo tanto, y dado que el primer interés de cada Estado es su propia supervivencia, se estableció el mantenimiento de la paz mundial como objetivo principal de la sociedad internacional que forman, y a eso apuntó al configurar el ordenamiento jurídico que regularía sus relaciones, como se ve en los fines y principios que establece la Carta de Naciones Unidas para la organización.

De esa manera, la *paz* se convierte en el primer interés común de los Estados y por tanto la primera limitación que acceden a poner a su libertad soberana. Así, por ejemplo, es el único límite que se establece a su libertad de elección del medio con que solucionen eventuales controversias, que puede ser cualquiera siempre que sea *pacífico*. Esta primera cesión de los Estados, entonces, se hace de todos modos en pos de sus propios intereses, pues ese objetivo común (la paz) es imprescindible para su supervivencia.

Por otro lado, al ser la paz y la seguridad internacionales el principal objetivo común de Estados ahora interdependientes, sólo pueden lograrse de manera conjunta, a través de la cooperación. Esto explica que la propia soberanía estatal sea entendida desde otra perspectiva, con un sentido actual que se dirige hacia la “aspiración a participar activa, plenamente y en pie de igualdad en la formulación y ejecución de todas las decisiones que afectan a la comunidad internacional”⁷¹.

Además, la nueva interpretación de la paz, que apunta a atacar también las causas de los conflictos para mantenerla, pone en el tapete la importancia del desarrollo de todos los países, lo cual hace necesaria la cooperación en ese sentido.

⁶⁹ De hecho, el Derecho Internacional entiende que el primer pueblo es el del Estado soberano, por lo que soberanía y libre determinación irían de la mano y la soberanía sería realmente popular. De este modo se han armonizado ambos principios, pero los hechos han demostrado que al interpretarlos según los intereses en juego, pueden entrar en fuertes tensiones.

⁷⁰ REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *Derecho Internacional*, *op. cit.*, p. 128.

⁷¹ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 28.

Como se puede ver, las limitaciones a las que comienzan a someterse los mismos Estados obedecen siempre a sus propios intereses y objetivos. No es que éstos decidan obligarse a cumplir normas sólo por la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales, sino que la protección de estos y otros elementos novedosos son necesarios para la paz y ésta a su vez para su propia supervivencia. En el fondo, el Derecho Internacional responde a las funciones básicas y necesidades de una dualidad *coexistencia* – *cooperación*, intentando equilibrar la *independencia* y la *interdependencia* de los Estados.⁷²

Por eso puede decirse que el Derecho Internacional es reflejo de los intereses de los Estados que lo conforman, algunos propios –mantener su soberanía y libertad– y otros comunes –la paz y seguridad internacionales–.

El problema se plantea cuando ambos factores entran en tensión, ya que el gran margen de discrecionalidad que el Derecho Internacional deja al Estado en cuestiones de gran relevancia –debido a que su celo por su soberanía les desmotiva a obligarse–, dificulta el logro de los objetivos de la sociedad internacional en su conjunto. Esto, debido en gran medida a la desigualdad real de los Estados, que hace que en los procesos de negociación que implica la cooperación internacional, muchas veces primen los intereses de los más poderosos en desmedro de los menos. Dada la politización del Derecho Internacional, estos procesos dependen básicamente del nivel de poder que tengan los Estados en cuestión, lo que explica que PASTOR RIDRUEJO afirme que no hay imperio de la ley en este ámbito. No es que la soberanía del Estado tenga un poder ilimitado en el plano jurídico –la principal diferencia entre el actual y el Derecho Internacional clásico es precisamente esa limitación mediante la aceptación de normas de *ius cogens*–, pero lo cierto es que frecuentemente los hechos cobran perfiles políticos y a veces son los intereses de los Estados los que prevalecen sobre la aplicación de los principios jurídicos.

Esa tensión entre distintos Estados según su nivel de poder político puede reflejar también la tensión entre principios clásicos y contemporáneos a la que se ha hecho alusión. Así, por ejemplo, ocurre en la relación que en torno a ciertos asuntos se produce entre Estados industrializados y Estados en desarrollo, que provocan lo que PASTOR RIDRUEJO ha diagnosticado como una profunda escisión Norte-Sur.⁷³ Los primeros naturalmente son más proclives a defender la soberanía del Estado y la estructura clásica de la sociedad internacional, lo que resulta lógico dada su condición de actores poderosos en ella. Los segundos, al ser beneficiados por la cooperación y muchas veces perjudicados en procesos muy politizados debido a su posición subordinada en nivel de poder, abogan por una mayor regulación, institucionalización y organización de la sociedad internacional.

Por todos los factores mencionados, puede afirmarse que los problemas que actualmente aquejan al Derecho Internacional contemporáneo dificultan que su función vaya más allá de la creación de conciencia. Dentro de la imposibilidad de establecer la jurisdicción obligatoria en el ámbito universal, por ejemplo, cabe destacar que las resoluciones de la AGNU no son jurídicamente vinculantes, aunque enuncian principios jurídicos que reflejan la *opinio iuris* de la comunidad internacional y pueden dar lugar a

⁷² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 17.

⁷³ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público...*, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

reglas consuetudinarias.⁷⁴ En cambio, las resoluciones del CSNU son efectivamente obligatorias, pero dependen mucho de los intereses de los Estados más poderosos, más que de los de la sociedad internacional en su conjunto, ya que no se trata de un órgano representativo ni democrático. Por eso advierte PASTOR RIDRUEJO que no hay que ilusionarse demasiado en cuanto a la superación del principio de libertad en la elección del medio sino que resulta más inteligente y realista enfocarse en mejorar las estructuras de solución de controversias disponibles en la actualidad y generar confianza en ellas por parte de los Estados.⁷⁵ A fin de cuentas, la mayor parte de los progresos que se logran llevar a cabo en pos de la humanización, la socialización y la democratización del Derecho Internacional –particularmente en el ámbito universal– son *soft law*. Por esta razón, aunque sea evidente que Naciones Unidas requiere profundas reformas estructurales y funcionales para alcanzar realmente la paz y seguridad internacionales, “cualquier propuesta de renovación radical no pasa de ser un *wishful thinking*”, ante lo que resulta más razonable apostar por “pasos cortos y pausados que refuercen la legitimidad y eficacia de la Organización”⁷⁶.

Pues bien, es en este contexto donde cabe situar el Derecho Internacional de los derechos humanos y, naturalmente, la protección de las minorías nacionales en la era contemporánea. Los primeros instrumentos dedicados a estos temas en este nuevo panorama lo constituyen la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) y la Convención sobre el Genocidio, que pasaremos a analizar a continuación.

3.2.2 LOS PRIMEROS INSTRUMENTOS DE NACIONES UNIDAS

A juicio de CARRILLO SALCEDO, la Carta de Naciones Unidas es la proclamación de la noción jurídica de la dignidad de la persona, pues afirma que todo ser humano es titular de derechos propios oponibles a todos los Estados. Como concreción de la internacionalización de los derechos humanos, implica una importante innovación en el Derecho Internacional. En primer lugar, porque el individuo deja de ser un mero objeto del orden internacional, pues el respeto de los derechos humanos es una obligación *erga omnes* de los Estados hacia la comunidad internacional. Además, el Derecho Internacional pasa a ser menos formalista, más abierto a exigencias éticas y a la dimensión finalista del Derecho, se vuelve menos neutro y más sensible a valores colectivos, y pasa a ser menos voluntarista, ya que acepta ciertas reglas imperativas sobre la voluntad de los Estados.⁷⁷

En 1946 se creó dentro de Naciones Unidas la Comisión de Derechos Humanos, que debía redactar la DUDH y crear otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, dadas las circunstancias de la Guerra Fría, el proceso tardó un poco y la Declaración se aprobó el 8 de diciembre de 1948, y sin carácter jurídicamente

⁷⁴ “[U]na interpretación de la Carta [de Naciones Unidas] o del Derecho internacional general que cuente con el apoyo de una mayoría muy cualificada y que se plasme en una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, es algo más que una mera aspiración política o una simple recomendación”, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, *op. cit.*, p. 384.

⁷⁵ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público...*, *op. cit.*, p. 755.

⁷⁶ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público...*, *op. cit.*, p. 765.

⁷⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 131.

vinculante. De todos modos, tiene una importancia significativa como una “nueva Carta Magna del mundo”⁷⁸.

No obstante, la protección de las minorías ni siquiera se menciona expresamente en la Carta de Naciones Unidas ni en la DUDH, lo que muestra un giro desde la protección de grupos específicos hacia la protección casi exclusiva de derechos y libertades individuales, cuya promoción en base a la no-discriminación se consideraba el mejor medio para construir el nuevo orden mundial. En este sentido, se sabía que había discriminación en razón de nacionalidad, etnia, raza, religión, cultura o idioma, pero no se consideraba razón suficiente para reconocer derechos de la minoría como grupo.

Lo anterior se explica por los traslados de población a gran escala durante la Segunda Guerra Mundial en casi todos los Estados del Centro y Este de Europa. Esto llevó a que después del conflicto se adoptara en Europa occidental una posición reticente ante la cuestión de las nacionalidades, persiguiendo el desarrollo de los derechos *individuales* de cada persona en base a que una protección eficaz de ellos llevaría automáticamente a la de los grupos que formarían. De esa manera, los derechos de las comunidades nacionales fueron relegados a regímenes particulares promovidos por algunos Estados matrices de las minorías que habitaban otro Estado y que entonces tuvieran compromisos particulares al respecto.⁷⁹

Por eso puede hablarse de una “nueva filosofía” en la percepción de Naciones Unidas acerca del tema: la protección de minorías perdió su componente político-territorial para integrarse en la idea de la dignidad intrínseca de todo ser humano. A partir de eso, resultaba innecesaria la protección específica de las minorías porque ya el respeto universal de los derechos humanos individuales la garantizaba. En ese momento los derechos de las minorías se consideraban una cosa del pasado, pues se entendía que se estaba en una nueva era –la de posguerra– que requería una nueva concepción del asunto: la idea de una protección general y universal de los derechos humanos.

Aparte del principio de no-discriminación que establece la DUDH en su artículo 2, la protección de minorías podía ampararse en su artículo 7, donde se refiere a la igualdad ante la ley. Además, enumera algunos derechos y libertades relacionados más particularmente con la identidad de la minoría: la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 18), la libertad de opinión y expresión (artículo 19), el derecho a la asamblea pacífica y la asociación (artículo 20), el derecho a la educación (artículo 26), y el derecho a participar libremente en la vida cultural de la comunidad (artículo 27).⁸⁰ Sin embargo, a pesar de esto no hay nada en la Declaración que obligue a los Estados a adoptar medidas concretas para proteger la identidad de las minorías ni a reconocer otra identidad además de la identidad como ciudadano o habitante del Estado.

Los trabajos preparatorios de la DUDH muestran que aunque hubo intentos de incluir un artículo sobre minorías en ella, la votación de la Comisión lo rechazó. THORBERRY afirma que de todos modos el artículo propuesto era débil y sólo se aplicaba en casos de grupos que estuvieran bien definidos y distinguidos del resto de la población. Además, se requería que el ejercicio de los derechos fuera coherente con la seguridad y

⁷⁸ OESTREICH, Gerhard, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, 2ª ed., Duncker & Humboldt, Berlín, 1978 [1968], p. 120: “eine neue Magna Charta del Welt”. Traducción propia.

⁷⁹ ARP, B., *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, op. cit., pp. 4-5.

⁸⁰ AGNU, Resolución 217 A (III) “Declaración Universal de Derechos Humanos”, 10 de diciembre de 1948.

el orden público, lo que implica una limitación que puede ser invocada y justificada quizás más fácilmente en casos de grupos que de individuos, ya que el Estado percibe una mayor amenaza por parte de los primeros.⁸¹

Según LERNER, fueron razones políticas o históricas, o políticas nacionales sobre integración y asimilación, las que inspiraron una firme oposición de los Estados al reconocimiento de una dimensión grupal.⁸² Hay también otros factores que influyeron contra un enfoque específico sobre las minorías desde 1945, tales como el rol negativo que tuvo el gobierno de minoría en Sudáfrica y los diseños asimilacionistas de creación de nación de los Estados emancipados del colonialismo. En este sentido, el derecho de autodeterminación ha sido interpretado mayormente aplicándolo a todos los pueblos de territorios coloniales en su camino a convertirse en Estados, y no a los componentes étnicos del “pueblo”. Por esto, los derechos de las minorías han sido negados al creerse que implicarían demandas de autodeterminación que pudieran llevar a la independencia. A partir de esto se entiende que en vez de haber tratado los derechos de minorías como tales, los primeros instrumentos de Naciones Unidas se hayan centrado en los principios de igualdad y no-discriminación. Este último funcionaba como una fórmula general para guiar los nuevos desarrollos en asuntos de derechos humanos, siendo uno de los principales objetivos de la organización.

Por otro lado, los tratados de paz posteriores a la Segunda Guerra Mundial comparten el estilo general de la Carta de Naciones Unidas, estableciendo provisiones generales de no-discriminación pero sin garantizar a las minorías derechos comparables con los que se enunciaban en los acuerdos del sistema de la Sociedad de Naciones: no hay derecho a la educación de una minoría en su propio idioma, o al uso de su propia lengua en los tribunales u otras instituciones públicas, por ejemplo.

La Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio de 1948, en cambio, tiene la importancia de ser la primera convención general que se refiere a la protección de minorías después de la Segunda Guerra Mundial de un modo un poco más directo.⁸³ Aunque no se menciona a las minorías como tales, sí se tratan en tanto víctimas naturales de las medidas genocidas, dado que el crimen pretende destruir los fundamentos esenciales de la vida de grupos nacionales para aniquilarlos. El objetivo del plan genocida es la desintegración de las instituciones políticas y sociales de cultura, idioma, sentimientos nacionales, religión y la existencia económica de grupos nacionales y la destrucción de la seguridad personal, libertad, salud, dignidad e incluso las vidas de los individuos pertenecientes a esos colectivos. Se dirige, por tanto, contra el grupo nacional como entidad, y aunque las acciones se dirigen contra individuos, no es en su capacidad individual sino como miembros del grupo nacional.⁸⁴

Sin embargo, como los Estados se rehusaban a establecer una idea muy amplia del genocidio porque podría restringir aspectos de la política estatal, finalmente la AGNU lo define como “una negación del derecho de existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos individuales”,

⁸¹ THORNBERRY, P., *International law and the rights of minorities*, op. cit., p. 134.

⁸² LERNER, N., “The evolution of minority rights in International law”, op. cit., pp. 87-88.

⁸³ AGNU, Resolución 260 A (III) “Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio”, 9 de diciembre de 1948.

⁸⁴ LEMKIN, Raphael, *Axis rule in occupied Europe*, Washington, 1944. Puede consultarse la edición en castellano con estudio preliminar de Daniel Feierstein: *El Dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación, análisis de la administración gubernamental, propuestas de reparaciones*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2008.

que ocurre “cuando grupos raciales, religiosos, políticos y otros, han sido destruidos, total o parcialmente”⁸⁵. Así, la protección de minorías se circunscribía a garantizar su existencia física, omitiendo la posibilidad de un “genocidio cultural”⁸⁶ que había surgido en los borradores de la Convención. Por ende, el texto de la Convención sólo prohíbe los actos con la intención de destruir grupos, no los que pretenden prevenir la preservación o el desarrollo de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. Esto refleja una visión más negativa que positiva del derecho de existencia, ignorando las amenazas más sutiles de las que pueden ser víctimas las minorías: de ser exitoso, el esfuerzo por assimilarlas en la sociedad puede tener el mismo resultado que su destrucción física, pues implica la muerte de una cultura.

De todas formas, la omisión de los derechos de minorías en los primeros y más relevantes instrumentos de la ONU no implicaba una indiferencia de la organización hacia al asunto, porque de hecho actuó al respecto encomendándolo al Consejo Económico y Social y creó una Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías en él. Además, el Comité Ejecutivo recomendó un número de Comisiones, incluyendo una sobre derechos humanos que se debía dedicar, entre otras cosas, a la protección de minorías y la prevención de la discriminación. Aunque la Carta de Naciones Unidas mostraba una concepción de ambos asuntos muy relacionados entre sí –basando la protección de minorías en la no-discriminación–, estas referencias expresas al primer problema demuestran que en algunos sectores de ella se entendía que había diferencias relevantes entre ambos que ameritaban una revisión objetiva.

En efecto, en su primera sesión en 1947 la Subcomisión analizó lo que significaban la prevención de discriminación y la protección de minorías, estableciendo que la primera implica la supresión o prevención de cualquier conducta que niegue o restrinja el derecho a la igualdad de una persona, mientras la segunda –aunque inspirada en el principio de igualdad de trato– requiere acción positiva, un servicio concreto a la minoría como establecer escuelas donde se enseñe en su lengua nativa. En esto, se entiende que el principio guía es la *igualdad*, pues si un niño recibe educación en idioma no materno, no está siendo tratado de igual manera que uno que sí. Por lo tanto, puede afirmarse que la protección de minorías requiere acción *positiva* para mantener las diferencias de lengua y cultura. En este sentido, se distingue de las normas de no-discriminación, que promueven la igualdad mediante la *prohibición* de manifestaciones de trato desigual, es decir, desde una perspectiva *negativa* plasmada en medidas que además son sólo temporales, pues están pensadas para actuar mientras la discriminación se manifiesta en la sociedad, como si fuera una enfermedad que debe ser curada: alcanzado el objetivo del trato igualitario, el organismo social es visto como saludable. En cambio, la protección de minorías parece requerir un conjunto permanente de medidas para proteger la cultura de la minoría. De hecho, VAN DEN BOGAERT afirma que, como las minorías se enfrentan tanto a riesgos de exclusión como de asimilación, ambas cosas (no-discriminación y derechos

⁸⁵ AGNU, Resolución 96 (I), “El crimen de genocidio”, 11 de diciembre de 1966, párrafos 1 y 2.

⁸⁶ Destrucción de características específicas del grupo por a) traslado forzado de niños a otro grupo humano; b) exilio forzado y sistemático de individuos representantes de la cultura de un grupo; c) prohibición del uso de la lengua nacional incluso en el ámbito privado; d) destrucción sistemática de libros impresos en lengua nacional o de trabajos religiosos o prohibición de nuevas publicaciones; e) destrucción sistemática de monumentos históricos o religiosos o su desviación para otros usos, destrucción o dispersión de documentos y objetos de valor histórico, artístico o religioso, y de objetos usados en culto religioso. Artículo I del Borrador de la Convención de la Secretaría, citado en THORNBERRY, P., *International law and the rights of minorities*, op. cit., p. 71.

de las minorías) constituyen aspectos de un solo enfoque comprensivo y que por lo tanto deben complementarse.⁸⁷

THORNBERRY considera que, fuera de las diferencias lógicas entre ambos conceptos, el derecho internacional debería reconocer positivamente la validez de los diversos idiomas, culturas y religiones, en vez de esperar esto como consecuencia de una interpretación amplia de las provisiones de no-discriminación. Las normas sobre protección de minorías informan a la comunidad internacional sobre la existencia de estos grupos y afirman la contribución de la diversidad a la humanidad, reconociendo al individuo en su contexto cultural y no sólo como ciudadano de un Estado con iguales derechos a los de otros ciudadanos. Las normas anti-discriminación ciertamente son relevantes y no deben dejarse de lado, pero es importante tener en cuenta que por sí solas no hacen justicia totalmente a las minorías.⁸⁸

En general, la relevancia de la Subcomisión está en que efectivamente trató los asuntos de minorías que habían sido ignorados en la Carta de Naciones Unidas, redactó varios documentos importantes al respecto, jugó un rol decisivo en la preparación del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante, PIDCP, sobre el que volveremos a continuación–, nombró un Relator Especial –Francesco CAPOTORTI– para preparar un estudio sobre minorías que resultó muy valioso, y recomendó la elaboración de una declaración sobre derechos de minorías. Probablemente debido a presiones políticas de otros cuerpos de la organización, al final la Subcomisión se enfocó más en la discriminación en general que en las minorías en estricto sentido, pero lo cierto es que no puede hablarse de un desinterés absoluto por parte de la Subcomisión hacia el asunto.

3.2.3 EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El contexto bipolar de la Guerra Fría llevó a que más adelante no se firmara un único Pacto de Derechos Humanos sino dos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), ambos de 1966. Junto con la Declaración Universal, estos documentos conforman la *Carta Internacional de Derechos Humanos*. En todo caso, a pesar de esa división, los derechos que estos Pactos consagran se entienden como indivisibles e interdependientes y todos tienen la misma categoría, nivel y urgencia, por lo que no debe protegerse una clase de derechos para eludir otra. A juicio de GÓMEZ ISA, Naciones Unidas ha ensalzado mucho retóricamente los derechos económicos, sociales y culturales, pero no los aborda real y resueltamente.⁸⁹ Esto último resulta significativo para el tema que aborda esta investigación, pues los derechos de los grupos nacionales se encuentran en buena parte en este ámbito, porque la protección de su identidad cultural es uno de los ejes del Derecho de minorías.

En el sistema previo al PIDCP no había norma que estableciera medidas especiales para salvaguardar el carácter propio de una minoría, pues hasta entonces éstas habían quedado ancladas en las memorias del sistema creado por la Sociedad de Naciones, el

⁸⁷ VAN DEN BOGAERT, Sina, "State duty towards minorities: positive or negative? How policies based on neutrality and non-discrimination fail", *Zeitschrift für ausländisches Recht und Volksrecht*, vol. 64, 2004, pp. 37-64.

⁸⁸ THORNBERRY, P., *International law and the rights of minorities*, op. cit., p. 128.

⁸⁹ GÓMEZ ISA, F., "La protección internacional de los derechos humanos", op. cit., p. 44.

cual, en palabras de CAPOTORTI, fue “barrido” (*swept*) por la Segunda Guerra Mundial.⁹⁰ Este vacío es el que intentó llenar el artículo 27 del PIDCP, trasladando el énfasis desde la igualdad de derechos para todos (pertenecientes o no a minorías) hacia el reconocimiento de ciertos derechos especiales que tienen los miembros de estos grupos, algunos de los cuales añadió el documento al catálogo de derechos humanos protegidos hasta ese momento por el Derecho Internacional.

a) *Derecho a la identidad cultural*

El derecho de una minoría a una identidad fue omitido en la DUDH por diversos factores, dentro de los que destaca la nueva filosofía de Naciones Unidas que planteaba que la garantía de derechos individuales –sin considerar sus contextos culturales– era esencial para construir el nuevo orden de posguerra. A pesar de proceder de la misma organización, el PIDCP dio un paso adelante con respecto a esa visión. Esto, porque además de los derechos de minorías incluyó otros que no se consideraron en la DUDH –principalmente el derecho a la autodeterminación y los derechos de los niños– y prohibió la propaganda de la guerra y la incitación al odio nacional, racial o religioso. Particularmente su artículo 27 establece que las minorías tienen derecho a tener su propia vida *cultural*, a profesar y practicar su propia *religión* y a emplear su propio *idioma*. Se destacan estos aspectos ya que constituyen precisamente asuntos esenciales para las minorías, en cuanto a proteger su derecho a mantener y desarrollar su identidad particular, más allá de la sola existencia física.

De esta manera, el PIDCP se convirtió en la única expresión del derecho a una identidad en las convenciones modernas de derechos humanos que pretendía aplicación universal, siendo el primer intento real en la historia del derecho internacional de garantizar este derecho: con su entrada en vigor en 1977 “existió por primera vez en la Comunidad Internacional un instrumento jurídico de alcance universal, cuyo artículo 27 obligaba a los Estados a proteger específicamente los derechos de las personas miembros de las minorías”⁹¹. Por lo tanto, ha de tenerse en cuenta también como el instrumento que sienta las bases para futuros desarrollos al respecto.

Literalmente, esta protección se establece en dicho Pacto con las siguientes palabras:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”⁹²

Dado el elemento programático presente en este artículo, puede afirmarse que la importancia de lo que establece trasciende la idea de no-discriminación hacia el requerimiento de medidas dirigidas a grupos específicos para posibilitar el desarrollo de

⁹⁰ CAPOTORTI, Francesco, “The protection of minorities under multilateral agreements on human rights”, *The Italian Yearbook of International Law*, vol. II, 1976, pp. 3-32, pp. 3-4.

⁹¹ MARIÑO, Fernando, “Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros”, en Luis PRIETO SANCHÍS (coord.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 67-97, p. 70.

⁹² AGNU, Resolución 2200 A (XXI), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, 16 de diciembre de 1966.

su identidad cultural –que pasa en gran medida por el de su religión y su idioma–, en pos de una igualdad real entre mayorías y minorías. Por eso puede hablarse de los derechos del artículo 27 como adicionales a las provisiones de no-discriminación y no sólo como su sustituto, pues aunque no lo mencione explícitamente se orienta hacia el derecho de la identidad de las minorías, que es la esencia del asunto dentro de los derechos humanos, en cuanto al aporte que a la diversidad y al patrimonio cultural de la humanidad pueden hacer las distintas culturas.

En este sentido, el Derecho Internacional pretende garantizar que los miembros de minorías participen activamente en el desarrollo de su cultura y en la decisión de cómo incorporarse al mundo. De ese modo, los cambios por los que puedan pasar dentro de sus procesos históricos se darán dentro de un contexto de protección de los derechos humanos, pues la asimilación forzada sería una violación de su derecho a la identidad. En este contexto, hay que destacar que el objetivo del artículo 27 es permitir y facilitar que los grupos minoritarios mantengan su identidad, salvo que sus miembros prefieran renunciar a ella voluntariamente para incorporarse a una agrupación más grande.

Este derecho a la identidad cultural de una minoría dota a las disposiciones del artículo 27 de cierto contenido *colectivo* que las distingue del tono general utilizado en el Pacto, que se refiere siempre a derechos *individuales*. Al ser el desarrollo de las culturas minoritarias el objetivo del derecho internacional al respecto, los derechos que se reconocen a sus miembros individualmente sólo pueden ser ejercidos de manera comunitaria, pues presuponen la existencia de un grupo en el que se desarrollan. El disfrute de la cultura, la práctica de la religión y el uso del idioma son derechos que tienen las dos dimensiones, ya que en la letra se establece que benefician sólo a individuos pero en la práctica su ejercicio es colectivo.

Son precisamente los aspectos comunitarios de los derechos de las minorías los que mayores desafíos plantean a los Estados debido a sus implicancias institucionales. Por eso han sido los Estados siempre más reacios a aceptarlos, en comparación con su postura ante los derechos netamente individuales.⁹³ Por ejemplo, en los trabajos preparatorios del Pacto las preguntas que hizo el Comité de Derechos Humanos a los Estados se orientaron principalmente al uso del idioma minoritario en las escuelas y en medios de comunicación masivos (prensa, radio y televisión).⁹⁴ De esto puede inferirse que aunque no estén especificadas en el artículo 27, se trata de medidas típicas que un Estado debe adoptar para no faltar a las obligaciones que tiene según dicha norma. Lo mismo ocurre con los cambios pertinentes en sus sistemas legales internos con el fin de preservar leyes e instituciones sociales tradicionales, asunto que varios Estados notificaron al Relator Especial.⁹⁵

⁹³ Tove MALLOY, de hecho, afirma que la idea de derechos humanos colectivos ha sido sugerida pero nunca totalmente respaldada en Derecho Internacional: "...a notion of collective human rights has been suggested but never fully endorsed by international law." *National minority rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 5.

⁹⁴ Las preguntas más frecuentes eran, entre otras, como las siguientes: ¿cuál es la situación de la educación del idioma minoritario en las escuelas?, ¿pueden las minorías publicar y ayuda el Estado en la publicación de libros y periódicos en esa lengua?, ¿se acepta la lengua minoritaria como oficial?, ¿en qué idioma se realizan los procedimientos judiciales en los tribunales cuando hay miembros de minorías como partes de un caso?, ¿hay programas de radio y televisión en el idioma minoritario? THORBERRY, P., *International law and the rights of minorities*, op. cit., p. 200.

⁹⁵ THORBERRY, P., *International law and the rights of minorities*, op. cit., p. 189.

En general, la lengua es uno de los motivos incluidos en el principio de no-discriminación en diversos instrumentos internacionales, entre ellos el PIDCP. Por lo tanto, dado que el idioma es un elemento esencial de una cultura, es necesario que el artículo 27 trascienda esa noción hacia una más positiva y orientada a la preservación de la identidad lingüística, para que su presencia en el Pacto no sea redundante. Además, en la práctica los idiomas minoritarios pueden encontrarse en distintas situaciones de desventaja, en asuntos como el estatus oficial de las lenguas, su uso en la administración y ante los tribunales, en instituciones educacionales públicas y en medios de comunicación masivos, sin mencionar las más agresivas políticas de eliminación lingüística. Lamentablemente, el artículo 27 no se refiere de manera específica a estos asuntos, por lo que sólo se pueden mencionar las áreas principales en las que se encuentran las obligaciones de los Estados para mantener la identidad lingüística de una minoría, y afirmar que éstos deberían promover una igualdad fáctica entre los miembros de las varias comunidades lingüísticas.

Por otro lado, la práctica de la religión es otro aspecto muy relevante dentro de la identidad de una cultura. El artículo 18 del Pacto ya establece el derecho a manifestar una religión o creencia en el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza. Esto no sólo implica aspectos individuales sino también –y principalmente– colectivos, por lo que es muy relevante para las minorías. No obstante, las limitaciones a este derecho están definidas de manera muy amplia, aludiendo al orden y la seguridad pública, la salud y la moral. En cambio, el artículo 27 se refiere esencialmente a los aspectos comunitarios de la observancia religiosa y no tiene ninguna cláusula específica de limitación, aunque obviamente está sujeto a las cláusulas generales del PIDCP.

Igual que con el idioma, en cuanto a la religión el artículo 27 cobra sentido sólo si obliga al Estado en mayor medida que el artículo 18, con miras a promover la igualdad material de las comunidades religiosas. Sin embargo, esto depende de las interpretaciones que se den a los problemas específicos de cada grupo, pues la norma no da ninguna guía precisa y concreta a los Estados.

Respecto a lo anterior, cabe destacar que el acceso a la educación religiosa de acuerdo con los deseos de los padres implica que, para su efectividad, el Estado debe eliminar cualquier obstáculo y dar facilidades para esa educación. Para eso es importante la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones⁹⁶, cuyo artículo 6 interpreta la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia incluyendo las siguientes libertades:

- i) Adorar o reunirse en conexión con una religión o creencia, y establecer y mantener lugares para ese propósito;
- ii) Establecer y mantener instituciones de caridad o humanitarias apropiadas;
- iii) Realizar, adquirir y usar de modo adecuado los artículos y materiales necesarios relacionados con los ritos o tradiciones de una religión o creencia;
- iv) Escribir, publicar y difundir publicaciones relevantes en estas áreas;
- v) Enseñar una religión o creencia en lugares adecuados para estos propósitos;
- vi) Solicitar y recibir contribuciones financieras y otras de individuos e instituciones;
- vii) Formar, nombrar, elegir o designar por sucesión a líderes apropiados para los requerimientos y estándares de cualquier religión o creencia;

⁹⁶ AGNU, Resolución 36/55 “Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones”, 25 de noviembre de 1981.

- viii) Observar días de descanso y celebrar fiestas y ceremonias de acuerdo con los preceptos de una religión o creencia;
- ix) Establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades sobre temas de religión y creencia a nivel nacional e internacional.

Según THORBERRY, no está claro si el artículo 27 requiere a los Estados que se dirijan inmediatamente a todas estas libertades en relación con las minorías religiosas, pero su puesta en práctica debería incluirlo debido al principio de efectividad: el derecho a “profesar y practicar” la religión es casi inconcebible sin un derecho a reunión para el culto, a preparar materiales para rituales religiosos, nombrar ministros de religión y observar días de fiesta religiosa. Además, la referencia a que la práctica de la religión sea en comunidad incluye también la educación religiosa –lo que implica el establecimiento de instituciones para tales efectos–, así como el derecho a publicar asuntos religiosos. Estos derechos tienen una importancia crucial para la preservación de la identidad cultural de una minoría, pues la continuidad de la religión depende de ellos, así como de la capacidad de financiar actividades religiosas a través de la creación de instituciones y de poder solicitar los fondos necesarios.⁹⁷

Por otro lado, el artículo 27 no prevé soluciones ante eventuales conflictos de interés entre la mayoría y una minoría, en asuntos culturales como días de fiesta, objeción de conciencia ante el servicio militar o la validez legal de las ceremonias religiosas de matrimonio.

b) *Limitaciones del instrumento*

A pesar de la importancia del documento, lo cierto es que el PIDCP adolecía de varias faltas que dificultaban el logro de su objetivo. En primer lugar, las palabras iniciales del artículo demuestran la resistencia que causaba el concepto mismo de derechos de minorías: al limitar la protección sólo a las minorías que “existen”, no sólo afirma que éstas deben corresponder a grupos bien establecidos, sino también que el Estado que debe asegurar sus derechos primero tiene que reconocer su existencia. CAPOTORTI, cree que esta frase se incorporó reflejando la intención política de permitir que cada Estado estableciera esta provisión como inaplicable en su caso simplemente al no reconocer ninguna minoría en su territorio, actitud que incluso hoy tienen varios Estados. Al respecto, plantea que “es claramente inaceptable que la aplicación del artículo 27 deba hacerse dependiendo de la buena voluntad de las partes obligadas por él. Para que la provisión sea aplicable, la esencial y única condición es la existencia de un grupo que, sobre la base de los criterios objetivos que he indicado, pueda ser identificado como una minoría.”⁹⁸

⁹⁷ THORBERRY, P., *International law and the rights of minorities*, op. cit., p. 195.

⁹⁸ CAPOTORTI, F., “The protection of minorities under multilateral agreements on human rights”, op. cit., p. 18. Traducción propia del inglés: “it is clearly unacceptable that the application of Article 27 should be made to depend on the good will of the parties bound by it. For the provision to be applicable, the essential and only condition is the existence of a group which, on the basis of the objective criteria I have indicated, can be identified as a minority.” Los criterios objetivos que según CAPOTORTI bastan para identificar a una minoría como tal, están explicados en la página 17 del mismo texto y corresponden a la diferencia, en términos de características étnicas, religión o lenguaje, entre un grupo y el resto de la población, y al hecho de que el grupo no sea dominante y sea numéricamente inferior.

Además, el texto se refiere expresamente a minorías “étnicas, religiosas y lingüísticas”, omitiendo los grupos *nacionales* o *raciales* (que sí mencionaban los tratados bajo el sistema de la Sociedad de Naciones) ni *culturales*, ni a las que se identifican por extracción nacional, nacimiento o tradiciones. Aunque es obvio que algunas de estas categorías se solapan, coincidimos con ROTH en cuanto a que la enumeración de los grupos protegidos debería ser comprehensiva, cubriendo todos los tipos de minorías mencionadas en tratados individuales.⁹⁹

Por otro lado, la norma se enuncia siguiendo una fórmula negativa de los derechos (“*shall not be denied*”: “no se les negarán”), por lo que no se puede inferir de él la existencia de obligaciones positivas de acciones por parte del Estado, tales como reconocer idiomas minoritarios ante autoridades públicas, establecer reservas o proveer de apoyo financiero a escuelas minoritarias o asociaciones culturales. Por lo tanto, el artículo 27 sólo incluye derechos negativos de no-interferencia, pero omite los derechos positivos de asistencia, financiación, autonomía u oficialidad de la lengua. Es decir, sólo reafirma que los miembros de las minorías deben ser libres para ejercer sus derechos convencionales de libertad de expresión, asociación, reunión y conciencia, derechos garantizados a todos los individuos. Según KYMLICKA, estas garantías mínimas son fundamentales pero no sirven para dar solución a los conflictos étnicos violentos de la Europa postcomunista, donde juegan un papel relevante las demandas positivas del derecho a usar lengua minoritaria ante las autoridades locales, el financiamiento de instituciones educativas y medios de comunicación, cierto grado de autonomía local, representación política, y prohibición de políticas de asentamiento para llenar de colonos del grupo dominante territorios históricos de las minorías, por ejemplo.¹⁰⁰ Básicamente, la redacción del artículo apunta más hacia la *tolerancia* de minorías que al reconocimiento de derechos.

Resulta extraño el contraste que hay entre esta norma y el resto de las disposiciones del PIDCP, en las que se aprecia una tonalidad más positiva al señalar que todos “tienen (o tendrán) el derecho” a determinadas cosas.

Esta distinción ha sido interpretada de diversas maneras. Algunos consideran que según el artículo 27 del PIDCP los Estados no están obligados a hacer nada concreto para proteger a las minorías sino que son meros espectadores que, en caso de haber conflicto desigual entre una cultura mayoritaria y una minoritaria, no debe necesariamente ayudar al más débil. De hecho, los trabajos preparatorios del Pacto demuestran la intención de limitar las obligaciones de los Estados en el asunto, pues todas las sugerencias que demandaban más acción por su parte fueron rechazadas, y en general se entendía que el instrumento no les obligaría, por ejemplo, a proveer escuelas especiales para minorías lingüísticas.

Esta interpretación haría que el artículo 27 fuera inútil, pues si no se le dota de un contenido más fuerte y no únicamente pasivo, realmente no añade absolutamente nada al Pacto, considerando que los derechos enunciados ya están nombrados en otros artículos del mismo instrumento, dirigidos en general a todas las personas: la libertad de pensamiento, conciencia y religión, en el artículo 18, y la de expresión, en el 19.

⁹⁹ ROTH, Stephen, “Toward a Minority Convention: its need and content”, en Yoram DINSTEIN y Mala TABORY (eds.), *The protection of minorities and human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, pp. 83-116, p. 90.

¹⁰⁰ KYMLICKA, W., “La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías...”, *op. cit.*, p. 19.

Por lo anterior, CAPOTORTI afirma que una interpretación negativa de la norma en relación con la obligación de los Estados al respecto, no la distinguirían de las provisiones de las varias libertades individuales presentes en el Pacto, con lo que se supondría que la protección de los derechos de las minorías nacionales se lograría mediante el reconocimiento formal de los mismos, sin ir más allá. De ese modo, se entiende que es asunto propio de cada miembro de un grupo, encontrar maneras de ejercer sus derechos y expresar así su cultura, practicar su religión y usar su idioma, con el respaldo de la garantía formal por parte del Estado pero sin ningún tipo de apoyo para ello. Para el Relator Especial de Naciones Unidas, esto corresponde a una visión muy estrecha del problema, ya que la razón de ser del artículo 27 es la necesidad de una provisión especial en beneficio de las minorías, para asegurar su trato igualitario en comparación con los otros habitantes del Estado, “y esto exige un número de medidas protectoras específicas más allá del trato garantizado a todos sin distinción. Si la intención hubiese sido restringir la protección de los miembros de minorías al disfrute de ciertas libertades, no habría sido necesaria una cláusula especial.”¹⁰¹ Además, una interpretación pasiva de la norma en cuestión se contradice con la tendencia de los Estados en ese entonces, de dar pasos prácticos para promover el ejercicio efectivo de varias libertades individuales, como tomar medidas para fomentar la expresión artística, dramática y cinematográfica.

Finalmente, cabe señalar que la semejanza de los derechos establecidos en el artículo 27 con los derechos económicos y sociales –a pesar de estar en un Pacto sobre derechos civiles y políticos– implica la necesaria actividad del Estado para su garantía. Esto, debido a la diferencia que tradicionalmente se ha establecido entre los dos tipos de derechos, pues mientras unos (los civiles y políticos) sólo necesitan la abstención del Estado de algunas acciones, los otros (económicos y sociales) sólo tienen sentido cuando se exige una acción positiva por parte de él. Por eso se utilizan medios judiciales para “asegurar” los primeros, pero se requieren cambios paulatinos en el Derecho interno y la práctica para “promover” los segundos. Es decir, el desarrollo de una cultura minoritaria no se garantiza sólo con la libertad de expresión, sino también –y en buena medida– con el derecho a la educación y la posibilidad de participar en la vida cultural, los que de hecho se encuentran en los artículos 13 al 15 del PIDESC. Al respecto, CAPOTORTI plantea que al menos uno de los derechos mencionados en el artículo 27 trasciende el alcance de los derechos civiles y políticos, y se relaciona más con estos últimos que con la sola libertad de expresión: el derecho que tienen los miembros de las minorías a disfrutar su propia cultura en comunidad con otros miembros de su grupo.¹⁰²

Por todo lo anterior, y desde una perspectiva práctica o efectiva de los derechos, es deseable una interpretación positiva acerca de las obligaciones que el artículo 27 de PIDCP establece para los Estados. Esto, porque ni la no-prohibición del ejercicio de tales derechos por personas pertenecientes a minorías, ni las garantías constitucionales de libertad de expresión y asociación, son suficientes para aplicar efectivamente su derecho de desarrollar su propia cultura. Esto último requiere recursos humanos y financieros con

¹⁰¹ CAPOTORTI, F., “The protection of minorities under multilateral agreements on human rights”, *op. cit.*, p. 22. Traducción propia del original en inglés: “the *raison d’être* of Article 27 is the need to make, for the benefit of minorities, special provision which is capable of ensuring that they receive genuinely equal treatment compared with the other inhabitants of the State, and this calls for a number of specific protective measures over and above the treatment guaranteed, without distinction, to all. If the intention had been to restrict the protection of members of minorities to the enjoyment of certain freedoms, this would not have required a special clause.”

¹⁰² CAPOTORTI, F., “The protection of minorities under multilateral agreements on human rights”, *op. cit.*, p. 22.

los que las minorías normalmente no cuentan. Por lo tanto, para que la puesta en práctica de estos derechos tenga un significado práctico y éstos no se vuelvan inoperativos, se necesita la intervención activa del Estado. El artículo 27 no se entiende sin el objetivo que pretende lograr, lo que implica la existencia de un elemento programático en él y por tanto de una obligación positiva para los Estados Parte. Finalmente, lo cierto es que la prevención de la discriminación y la aplicación de medidas especiales de protección de minorías son dos aspectos del mismo problema: asegurar totalmente derechos iguales para todas las personas.¹⁰³

De todas maneras, el texto del artículo 27 del PIDCP es al menos ambiguo, y puede prestarse para interpretaciones muy distintas. Para aclarar su contenido, entonces, es necesario el complemento de una declaración más clara sobre los derechos de las minorías. Esto, considerando que lo más relevante para la protección de minorías es la búsqueda de la igualdad de facto más que la formal, por lo que no basta circunscribirse al texto de la norma escrita.

c) *Valoración general*

A pesar de sus limitaciones, el artículo 27 del PIDCP es un instrumento de enorme trascendencia en el Derecho Internacional, pues plantea que la protección de minorías no se agota en preservar su existencia física, y que debe basarse fundamentalmente en dos derechos universales: el derecho a no ser discriminado y el derecho a la identidad. A juicio de PENTASSUGLIA, este último se destaca como la garantía dominante que conforma la noción completa de los derechos de minorías.¹⁰⁴

En general, el Pacto no define patrones de conducta de manera concreta ni específica, pero siempre hay que considerar que lo que inspira el texto del artículo 27 es la voluntad de mantener la cultura y la identidad colectiva de las minorías. En este sentido, más allá de las discusiones que puede haber aún acerca del alcance de los deberes a los que están obligados los Estados en estos casos, es ese espíritu detrás de la norma lo que debe orientar cualquier evaluación sobre las necesidades de las minorías y la actuación que el Estado tenga al respecto.

3.2.4 OTROS INSTRUMENTOS DE NACIONES UNIDAS

Además del PIDCP, la ONU elaboró distintos documentos que, aunque no se dirigen específicamente a la protección de las minorías, sí hacen menciones sobre algunos aspectos que se relacionan con ella. No es pertinente extendernos en ellos, pero sí vale la pena enunciarlos brevemente.

En primer lugar, está la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio de 1948, el cual –como se explicó anteriormente– se centra principalmente en el derecho a la existencia física de las minorías: en su artículo 2, el documento criminaliza los actos “perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”¹⁰⁵. La especificación de los actos condenados

¹⁰³ CAPOTORTI, Francesco, *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1979, párr. 585.

¹⁰⁴ PENTASSUGLIA, Gaetano, *Minorities in International Law*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2002, p. 250.

¹⁰⁵ AGNU, Resolución 260 A (III).

enfatisa la atención que este instrumento presta esencialmente a la existencia física del grupo, pues considera solamente los siguientes:

- i) Matanza de miembros del grupo;
- ii) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- iii) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que impliquen su destrucción física, total o parcial;
- iv) Medidas para evitar los nacimientos dentro del grupo;
- v) Traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Si bien el PIDCP supera esta visión incorporando el principio de no-discriminación y el derecho a la identidad, este instrumento anterior tiene valor relevante como punto de partida.

Doce años más tarde se adoptó la Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación y Diversificación, la Ciencia y la Cultura (en adelante, UNESCO) relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960, que en su artículo 5 reconoce –dentro de ciertas condiciones– el derecho de las minorías nacionales a llevar a cabo sus propias actividades educacionales. Esto incluía el establecimiento de instituciones o sistemas educacionales separados –por motivos religiosos o lingüísticos– y, dependiendo de la política educacional de cada Estado, el uso o la enseñanza de su propia lengua.¹⁰⁶ Cabe destacar el enfoque de este instrumento porque en su artículo 1 define el concepto de “discriminación” incluyendo el trato discriminatorio hacia grupos y no sólo personas.¹⁰⁷ De todos modos, a juicio de CAPOTORTI, aunque la Convención refleja una idea bastante avanzada de los derechos culturales de las minorías en el área educativa, se encuentra frente a limitaciones que dificultan el reconocimiento de los mismos derechos que establece: en la práctica, permite que cada Estado frustré la operación de dichas cláusulas mediante la invocación de consideraciones discrecionales de política educacional nacional o de tener que evitar comprometer su soberanía, por ejemplo. A pesar del progreso logrado, por tanto, el Relator aún considera que la balanza entre las necesidades de la soberanía estatal y las de los grupos se inclina en favor del Estado.¹⁰⁸

Por otra parte, poco antes de firmarse los Pactos se realizó también la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en 1965, la cual incluyó en su artículo 4 un mandato especial para grupos en base a la idea de no-discriminación. Es el instrumento más relevante en este ámbito, y aunque no se dirige a grupos ni se refiere concretamente a minorías, sí autoriza medidas especiales necesarias para el

¹⁰⁶ Conferencia General de la UNESCO, Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 14 de diciembre de 1960.

¹⁰⁷ Dicho artículo señala en su primer párrafo: “A los efectos de la presente Convención, se entiende por ‘discriminación’ toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial: a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; c) A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o d) Colocar a una persona o a un grupo de personas en una situación incompatible con la dignidad humana” (énfasis añadido).

¹⁰⁸ CAPOTORTI, F., “The protection of minorities under multilateral agreements on human rights”, *op. cit.*, pp. 8-9.

fomento de grupos raciales o étnicos, lo que resulta significativo para el tema que tratamos.¹⁰⁹

Posteriormente, la UNESCO proclamó la Declaración sobre Raza y Prejuicio Racial de 1978, en la que trata diversos aspectos relacionados con el estatus de grupo y minoría. Su importancia para la protección de minorías radica en el énfasis que pone en la necesidad de proteger la identidad y el desarrollo de los distintos grupos, afirmando el “derecho a ser diferente” (artículo 1) y recalcando la necesidad de acción positiva en relación a los grupos desfavorecidos (artículo 9).¹¹⁰

Finalmente, deben mencionarse las provisiones de la Declaración sobre la Eliminación de Todas Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en Religión o Creencia proclamada en 1981, que beneficia principalmente a las minorías religiosas. El documento fue un importante paso adelante en los esfuerzos para garantizar a los grupos y minorías una protección similar a la que se extendía a grupos raciales. Por ejemplo, destaca su artículo 6, que enuncia derechos de carácter colectivo que sólo pueden ejercitarse por un grupo, señalando que el derecho a la libertad de pensamiento, creencias, religión o convicciones implica las siguientes libertades¹¹¹:

- i) Practicar el culto o celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y fundar y mantener lugares para esos fines;
- ii) Fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- iii) Confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- iv) Escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- v) Enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- vi) Solicitar y recibir contribuciones voluntarias de particulares e instituciones;
- vii) Capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- viii) Observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
- ix) Establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

Naturalmente hay varios documentos más que siempre pueden relacionarse con las diversas situaciones que se presentan en torno a la protección de minorías, tales como instrumentos acerca del derecho a la educación o a los derechos del niño. Los que se han mencionado son de todos modos los más relevantes y demuestran que desde fines de los años '70 las cosas estaban cambiando, observándose una mayor preocupación internacional por la protección de minorías y una consideración de ser insuficiente la estrecha relación entre derechos universales y principio de no-discriminación, para brindar protección efectiva a los grupos minoritarios ni dar solución a cada caso de minoría que resultaba conflictivo. En base a eso, y cuando transcurridos unos años se había esfumado un poco la preocupación por la descolonización política en África y Asia, los últimos años de la década de los '80 vieron nacer el punto de partida del Derecho Internacional sobre Derechos de minorías, cambiando el enfoque hacia la economía y el

¹⁰⁹ AGNU, Res 2106 A (XX) “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, 21 de diciembre de 1965.

¹¹⁰ UNESCO, Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, de 27 de noviembre de 1978.

¹¹¹ AGNU, Res 36/55.

desarrollo, dentro de un contexto en el que además los temas posmodernos en boga incluían la identidad colectiva y la cultura.

3.2.5 DERECHOS DE MINORÍAS POST GUERRA FRÍA: LA DECLARACIÓN SOBRE MINORÍAS

El fin de la Guerra Fría supuso el término de la división del mundo basada en el antagonismo ideológico, pues al desaparecer el comunismo se creaba un vacío en la contraparte del capitalismo.¹¹² Con esto, la identificación cultural dejó de pasar necesariamente por la ideología a la que se adscribía.

La caída del comunismo significó también la independencia de algunos países de la Unión Soviética, que habían sido anexionados a ella debido al reparto de Europa entre Hitler y Stalin. El logro de la independencia llevó al desarrollo y fomento del carácter nacional en estos países, lo que muchas veces perjudicó a otras comunidades nacionales minoritarias.¹¹³

Estos factores, sumados a las dificultades socioeconómicas por las que atravesaban los Estados en este proceso de transición, tuvieron como consecuencia el resurgimiento de los sentimientos nacionales y religiosos, que llevaron a importantes conflictos étnicos, como el de Chechenia entre 1994 y 1996 o la Guerra de Bosnia de 1992 a 1995 en lo que fuera Yugoslavia, o los más recientes casos de Kosovo entre 1996 y 1999 y Osetia del Sur el 2008.¹¹⁴

Ante esta situación, la comunidad internacional reaccionó mediante la promoción de la democracia y la economía social de mercado, a través de la integración de todos los Estados en las estructuras supranacionales de Occidente, con miras a la seguridad de Europa, evitando una nueva división del continente. Dentro de las medidas que se tomaron siguiendo esta dirección, está la recuperación del Derecho de minorías nacionales. De ese modo, en los noventa se llevaron a cabo distintas iniciativas para adoptar nuevos y mejores instrumentos jurídicos que sirvieran a ese fin, en una ardua labor codificadora de normas que produjo textos oficiales tanto en el ámbito universal como en el europeo. Este impulso no respondía tanto a cuestiones doctrinales sino

¹¹² El planteamiento más conocido al respecto fue el que a comienzos de los '90 planteó el politólogo estadounidense Francis FUKUYAMA en su mundialmente célebre *The end of History and the last man*. Puede consultarse la traducción al castellano de Pedro Elías en *El fin de la Historia y el último hombre*, Planeta, Barcelona, 1992.

¹¹³ Las minorías rusas que quedaron en los países bálticos, por ejemplo, fueron víctimas de leyes y políticas discriminatorias en Lituania, Letonia y Estonia; también los armenios fueron discriminados en Abjasia y la región georgiana de Samtsje-Yavajeti. Para un análisis más profundo de los distintos tipos de nacionalismos (cívicos y étnicos) que se dieron en los nuevos Estados post-soviéticos, consúltese BREMMER, Ian, "The post-soviet nations after independence", en Lowell W. BARRINGTON (ed.), *After Independence: making and protecting the nation in postcolonial and postcommunist states*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 2006, pp. 141-161. En la obra hay capítulos dedicados a países específicos también. Para el caso particular de los Estados bálticos, véase NÉMETH, Ádám y Áron LÉPHAFT, "Ethnic structure and minority rights in the inter-war and post-soviet Estonia and Latvia", en István HORVÁTH (ed.), *Minority representation and minority language rights*, Scientia, Cluj-Napoca, 2014, pp. 241-262.

¹¹⁴ Una obra que analiza profundamente las condiciones que contribuyeron al resurgimiento del nacionalismo previo y posterior a la caída de la Unión Soviética, es el libro de Anatoly KHAZANOV, *After USSR. Ethnicity, nationalism, and politics in the Commonwealth of independent States*, The University of Wisconsin Press, Wisconsin, 1995. Particularmente para la región del Cáucaso, consúltese CORNEL, Svante, *Small nations and great powers. A study of ethnopolitical conflict in the Caucasus*, Routledge, Londres, 2001.

principalmente a las necesidades que planteaba la tarea de democratización de la región. Así se empezó a legislar sobre los diversos aspectos de la vida cultural y religiosa de la población, como la enseñanza lingüística en los colegios, el uso de idiomas minoritarios ante la Administración y algunos aspectos de la participación política.

Según MARIÑO, la adopción de esos instrumentos demuestra la construcción de un consenso internacional que reconocía la existencia de una minoría como una situación de hecho con importancia jurídica internacional.¹¹⁵ Su calificación como tal no podía depender de cada Estado en cuyo territorio se encontrara la minoría en cuestión, y así un Estado no podía alegar que la existencia de una minoría dentro de sus fronteras o el trato que daba a sus miembros, eran asuntos de su jurisdicción interna solamente. Por lo tanto, tampoco podía negarse a reconocer su existencia de facto. Por el contrario, la comunidad internacional fue considerando progresivamente a las minorías como destinatarias de normas internacionales que protegían sus derechos.

Estas nuevas tendencias en el Derecho Internacional de principios de los noventa demuestran que se comenzaba a tomar conciencia de la insuficiencia de un sistema esencialmente individualista, para asegurar los derechos de las minorías y sus miembros, aun contemplando el principio de no-discriminación. Su surgimiento responde a un cambio de enfoque desde uno paternalista o protector hacia una idea más general de los derechos inherentes a la condición de algunos grupos determinados. Esta noción comprende la necesidad de incorporar a estos grupos en nuevos instrumentos de derechos humanos donde se reconozca la importancia de armonizar los derechos del Estado, el grupo y el individuo, dentro de una tendencia a expandir el sistema de derechos humanos considerando las necesidades específicas de las minorías y grupos como colectividades.

NOWAK discrepa de la opinión anterior, pues considera que este enfoque no se observa tanto en el Derecho Internacional: además de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y de la Convención de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) n° 169 sobre Pueblos Tribales e Indígenas en Países Independientes, el autor no identifica ningún instrumento internacional nuevo que muestre claramente una tendencia hacia una protección colectiva de las minorías. En cambio, afirma que los instrumentos y borradores del periodo reflejan cierta orientación hacia una mayor especificación de los derechos de los individuos pertenecientes a minorías, así como a asegurar algunas modestas obligaciones de los Estados de tomar acción positiva. Sin embargo, precisa que es importante destacar que estos instrumentos no son legalmente vinculantes y que sólo establecen medidas limitadas de aplicación internacional.¹¹⁶

Dentro de los nuevos instrumentos universales posteriores a la Guerra Fría, destaca la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992.¹¹⁷ El documento tuvo un apoyo amplio, lo que refleja la valoración preliminar de los Estados de su potencial para promover estabilidad, pues se generó confianza entre grupos y Estados al reducir las

¹¹⁵ MARIÑO, F., "Desarrollos recientes en la protección internacional...", *op. cit.*, p. 72.

¹¹⁶ NOWAK, Manfred, "The evolution of minority rights in International law", comentarios a Natan LERNER, en C. BRÖLMANN, R. LEFEBER y M. ZIECK (eds.), *Peoples and minorities in international law*, *op. cit.*, pp. 103-118, p. 108.

¹¹⁷ AGNU, Resolución 47/135 "Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas", 18 de diciembre de 1992.

amenazas de la extinción de grupos, por un lado, y de la alteración de la integridad territorial del Estado, por otro.

La Declaración mantiene el enfoque individualista, pues se refiere siempre a las personas pertenecientes a minorías y no a las minorías mismas como tales, reconociendo siempre derechos individuales y no colectivos. Sin embargo, en ella también se valora la dimensión colectiva de la existencia humana individual de manera más directa que en el PIDCP. En el documento el grupo en sí no está investido de derechos, pero se reconoce una dimensión colectiva limitada de los derechos de las personas pertenecientes a minorías, en cuanto a la descripción del grupo, la protección de su existencia e identidad, el ejercicio individual y colectivo de los derechos y la libertad de asociación. Según THORNBERRY, esta dimensión colectiva representa una *via media* entre los derechos de los individuos y los derechos colectivos plenos (*full collective rights*).¹¹⁸

Por otro lado, el documento muestra también cierta tendencia hacia la acción positiva del Estado, pues contiene algunas modestas obligaciones en cuanto a tomar medidas para crear condiciones favorables que permitan a las minorías desarrollar su cultura (artículo 4.2), dar a sus miembros las oportunidades para aprender su idioma materno o educarse en él (artículo 4.3), y permitirles la total participación en el progreso económico y el desarrollo del país (4.5). Todo esto, en un lenguaje que de todos modos es bastante vago y con limitaciones generales y restricciones específicas tales como: “siempre que sea posible” (artículo 4.3), “cuando sea apropiado” (artículo 4.4) o “salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales” (artículo 4.2). A juicio de NOWAK, esto último debilita considerablemente la obligación de los Estados a tomar acciones positivas.¹¹⁹

La Declaración es un paso adelante en relación con la normativa entonces vigente, considerando sobre todo que constituye una declaración positiva de derechos. Se trata de un paso tímido, pues como mucho establece un estándar internacional mínimo con requerimientos limitados para los Estados. No obstante, hay que considerar que su ámbito de aplicación es global, lo que influye en que se la compare desfavorablemente con la lista de estándares que presentan los textos de la OSCE que se verán más adelante, por ejemplo. Dentro de las críticas que se le han hecho, destacan las siguientes que plantea THORNBERRY¹²⁰:

- a) No hay una redacción que especifique los derechos en detalle y de manera concreta, lo que obedece al estilo minimalista general del documento. La definición de los derechos de educación, por ejemplo, es muy pobre, y éstos son muy relevantes en el contexto de la protección de la identidad de las minorías. También en el ámbito de la religión es deseable una explicación más detallada de los beneficios para grupos religiosos; de hecho, no se reconoce un derecho específico a la religión, a diferencia de la postura respecto de derechos de idioma. En esto último, sin embargo, cabe recordar que no se establece el derecho para los miembros de minorías a usar su propio idioma ante autoridades públicas.
- b) Por otro lado, las implicaciones para los Estados en cuanto a recursos también requieren mayor clarificación. La acción positiva que éstos deben tomar con respecto a la protección de minorías está bastante debilitada en términos generales. Esto puede apreciarse en varias restricciones específicas con las que el

¹¹⁸ THORNBERRY, P., “The UN Declaration on the Rights of Persons...”, *op. cit.*, p. 54.

¹¹⁹ NOWAK, M., “The evolution of minority rights in International law”, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹²⁰ THORNBERRY, P., “The UN Declaration on the Rights of Persons...”, *op. cit.*, pp. 55-56.

documento limita en cierta medida los derechos que enuncia, y que han sido mencionadas anteriormente (“donde sea posible”, “donde sea adecuado”, etc.). En general, que éste siga siendo un texto no vinculante es la mayor limitación a las obligaciones de los Estados.

- c) Además, el rol de las organizaciones de minorías en la aplicación de sus derechos necesita mayor elaboración dentro del texto. En este sentido, habría sido preferible que se hubiesen delineado algunas modalidades básicas de participación de las minorías en asuntos nacionales y locales.
- d) Por otra parte, falta mayor compromiso de la Declaración en lo que THORNBERRY denomina como las “plagas posmodernas”: xenofobia, intolerancia, limpieza étnica, etc. A su parecer, el documento es claramente deficiente en cuanto tomar posición al respecto.
- e) Finalmente, puede mencionarse la desilusión de los miembros de las minorías ante la omisión de un derecho expreso de autonomía, lo que para ellos es un aspecto fundamental para satisfacer sus demandas y necesidades.

3.2.6 EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS A LAS MINORÍAS NACIONALES

En cuanto al contenido mismo de los derechos de minorías nacionales protegidos en la comunidad internacional contemporánea, podemos rescatar la síntesis que ROUSSO-LENOIR realiza de las diversas disposiciones internacionales y nacionales sobre derechos de minorías. De acuerdo con su planteamiento, existe un conjunto de principios comunes que aseguran a las minorías las siguientes garantías¹²¹:

- i) Derecho a existir en tanto que grupo.
- ii) Derecho a proteger y desarrollar su identidad y patrimonio cultural.
- iii) Derecho a recibir y dispensar una educación en la lengua materna, así como a administrar sus propios establecimientos escolares.
- iv) Derecho a profesar y practicar su religión.
- v) Derecho a difundir y cambiar informaciones en su lengua.
- vi) Derecho a emplear su lengua en las relaciones sociales en general, en las relaciones con los servicios públicos y las autoridades administrativas y judiciales, y en las asambleas locales.
- vii) Derecho a comunicarse con las diferentes partes del país y más allá de las fronteras.
- viii) Derecho a crear y administrar sus propias asociaciones y partidos políticos.
- ix) Derecho a ejercer una representación política.
- x) Derecho a participar de manera efectiva en los asuntos del Estado y en la toma de decisiones concernientes a las regiones donde viven.
- xi) Derecho a ejercer una autonomía territorial o personal.

Según la autora, no obstante, estos principios dispersos en el conjunto del Derecho Internacional e interno, no logran conformar un cuerpo legal completo que asegure la igualdad de trato para las minorías étnico-nacionales. En esto también puede influir la gran variedad que hay de asuntos de minorías, encontrándose en algunos casos

¹²¹ ROUSSO-LENOIR, Fabienne, “¿Derechos de las minorías o igualdad?”, traducción de Cristina García Pascual, en L. PRIETO SANCHÍS (coord.), *Tolerancia y minorías...*, op. cit., pp. 135-145, p. 143.

la alteración del Estado, la autodeterminación, la secesión y la creación de nuevas formas de condición de Estado.

Por otro lado, LERNER identifica una lista básica de derechos que hay que asegurar a las minorías, una especie de “decálogo” en torno al cual parece haber un acuerdo general y que consistiría en las siguientes garantías:¹²²

- i) Derecho a la vida y la seguridad física;
- ii) Derecho a la igualdad efectiva, incluyendo la prohibición de la discriminación y la incitación a la violencia y el odio hacia grupos;
- iii) Derecho a la identidad y a ser diferentes, sin ser asimilados por la fuerza;
- iv) Derecho a acciones positivas o medidas especiales;
- v) Derecho a determinar el ámbito y la pertenencia al grupo, con la consideración debida a los derechos y las libertades individuales;
- vi) Derecho a establecer y mantener instituciones;
- vii) Derecho a comunicar, federar y cooperar nacional e internacionalmente;
- viii) Derecho a la representación en el gobierno;
- ix) Derecho a imponer deberes a los miembros del grupo;
- x) Cuando sea apropiado, derecho a reconocer alguna forma de personalidad jurídica, a niveles nacional e internacional, incluyendo *locus standi* frente a cuerpos judiciales o cuasi-judiciales.

KLEIN, por su parte, enumera los siguientes derechos que a su juicio protege el Derecho Internacional a las minorías nacionales¹²³:

- i) Derecho a existir (de los miembros del grupo y del grupo en sí);
- ii) Derecho a no ser discriminados;
- iii) Derechos especiales de lenguaje;
- iv) Derecho a utilizar los medios de comunicación, incluyendo también el derecho a tener sus propios órganos de prensa y programas de radio y televisión.
- v) Derecho a contactarse no sólo entre los miembros del grupo sino también con ciudadanos de otros Estados que pertenezcan al mismo grupo étnico o religioso.
- vi) Libertad de asociación, incluyendo organizaciones políticas. Dentro de esto, el autor menciona ciertas formas efectivas de decisión política, a través de concesión de autonomía: la autonomía territorial y la personal.

Aunque los listados de los tres autores difieren en varios aspectos, sí plantean cinco derechos de las minorías comunes, lo que sugiere una aceptación universal de ellos al menos en términos generales. Éstos son, a grandes rasgos:

- i) El derecho a la existencia
- ii) El derecho a la identidad
- iii) El derecho a comunicarse nacional e internacionalmente
- iv) El derecho a establecer y mantener asociaciones e instituciones
- v) El derecho a la representación política

Ahora bien, es relevante hacer notar que de ese listado, los cuatro primeros corresponden a derechos que, según la clasificación de RUIZ VIEYTEZ, derivan directamente de los derechos humanos. Aparecen, por lo tanto, en los instrumentos más fundamentales del Derecho Internacional de los derechos humanos en vigor, y requieren en general sólo una actitud pasiva por parte del Estado: la abstención de su

¹²² LERNER, N., “The evolution of minority rights in International law”, *op. cit.*, pp. 100-101.

¹²³ KLEIN, Eckart, “Minderheitenschutz im Völkerrecht”, en Günter BAADTE y Anton RAUSCHER (eds.), *Minderheiten, Migration und Menschenrechte*, Styria, Graz, 1995, pp. 127-153, pp. 140-143.

intervención.¹²⁴ El derecho a la representación política, si bien no está incluido en esta categoría por RUIZ VIEYTEZ, también proviene de los derechos humanos y es, por tanto, propio de todas las personas. En efecto, está garantizado en el artículo 25 del PIDCP.

Es importante señalar también, que de los cinco principios compartidos, sólo uno tiene relación directa con las minorías: el derecho a proteger y desarrollar la identidad propia.

El derecho a la existencia es el primero de los derechos humanos reconocidos a todos los individuos, y sólo en la redacción de ROUSSO-LENOIR cobra un matiz más específico pues se refiere a la existencia “en tanto que grupo”, derecho establecido en la Convención contra el Genocidio que no sólo pretende resguardar el derecho a la vida sino también combatir la aniquilación de grupos humanos en cuanto tales.

Los derechos a comunicarse dentro y fuera del país, a establecer y mantener asociaciones e instituciones, y el derecho a ser representado, son todos derechos universales aplicables a todos los individuos, que se garantizan en el PIDCP en sus artículos 12, 22 y 25, respectivamente.

El derecho a la identidad cultural, en cambio, puede ser una garantía más específicamente relacionada con las minorías en particular. Sin embargo, es necesario definirlo de modo más concreto, pues si su comprensión se reduce a la libertad de pensamiento, conciencia, y religión, junto con el derecho a la libre expresión, hay que recordar que éstos también constituyen derechos humanos universales según los artículos 18 y 19 del PIDCP.

Cabe destacar que ROUSSO-LENOIR identifica cuatro principios que están ausentes en el decálogo de LERNER, y que se refieren principalmente a cuestiones más específicas dentro de la cultura de la minoría: la práctica de la religión, el uso del lenguaje propio en su educación, también para difundir información y en servicios y administración pública. De todas maneras, puede entenderse que estos aspectos están incluidos en el derecho a la identidad, aunque no se plantee explícitamente.

Por otra parte, sorprende la ausencia de los principios de igualdad efectiva y no-discriminación en las garantías mencionadas por ROUSSO-LENOIR, los cuales sí considera el decálogo de LERNER y que, como se ha visto, constituyen no sólo principios aceptados universalmente sino además la base de otros derechos reconocidos a las minorías. De todos modos, se trata de derechos que RUIZ VIEYTEZ incluye dentro de la primera categoría de derechos de minorías también, derivando directamente de derechos humanos universales protegidos en diversos instrumentos.

Por último, además de mencionar facultades que tienen las minorías dentro de su propia configuración como grupo en cuanto a su identidad y sus deberes, LERNER incluye también el derecho a pedir acciones positivas o medidas especiales por parte del Estado. Este aspecto también goza de aceptación universal, aunque se defina de manera general, sin especificar si se circunscribe a cierto tipo de medidas o a determinados ámbitos. Finalmente, esto también queda a discreción del Estado. ROUSSO-LENOIR no menciona expresamente este principio, pero sí se refiere a ámbitos concretos como el uso de la lengua y la educación, que son básicamente los espacios donde más común es que se lleven a cabo esas medidas especiales. De hecho, son los que también considera RUIZ VIEYTEZ al referirse a una segunda categoría de derechos de minorías, que corresponden

¹²⁴ RUIZ VIEYTEZ, E., “El Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales”, *op. cit.*, pp. 516-517.

a “facultades cuya aplicación exige de los poderes públicos una dosis más o menos relevante de actuación directa”¹²⁵. También son derechos individuales, aunque a veces pueden ejercerse de manera colectiva. En ellos está la idea de reconocer oficialmente en cada Estado los elementos característicos de la minoría, en particular el idioma.

El quinto derecho que se ha identificado en común corresponde al de la representación política, y si bien es un derecho que tienen todos los individuos, en el caso de las minorías puede cobrar un sentido distinto por su connotación grupal. En este sentido, depende en buena medida de cómo se interprete. Por ejemplo, ROUSSO-LENOIR incluye también los derechos de participación efectiva y de autonomía territorial. Ambos conceptos son aún foco de intenso debate y son comprendidos desde perspectivas muy distintas, por lo que no creemos que tengan lugar dentro de una enumeración de los principios comunes aceptados universalmente acerca de los derechos de las minorías, y por eso es comprensible su omisión como tales por parte de LERNER. Éste sólo menciona el derecho a la representación política y también al reconocimiento de alguna forma de personalidad jurídica, pero no va más allá de eso. Según la clasificación de RUIZ VIEYTEZ, este tipo de facultades correspondería a la tercera categoría de los derechos de minorías nacionales. Ésta consistiría en su derecho *colectivo* a “un determinado grado de autogobierno político o administrativo, condicionado o modulado a circunstancias tales como el propio tamaño de la minoría, su condición de grupo mayoritario en determinadas zonas, su dispersión geográfica y su grado de concentración territorial. En todo caso, se trataría de un derecho colectivo que necesariamente implicaría el reconocimiento de la personalidad jurídica del grupo titular.”¹²⁶ Por las razones antes esgrimidas, es en este ámbito donde las minorías nacionales chocan casi siempre con la falta de voluntad de Estados recelosos de su soberanía. El problema es que se trata justamente de derechos más específicos de las minorías y en general de un área de mayor interés para muchos grupos étnicos, por cuyos desacuerdos se han generado violentos conflictos en Europa.

La protección de minorías nacionales, por tanto, tiene debilidades significativas. Esto, debido a que las normas que les protegen lo hacen de manera indirecta, no reconocen derechos colectivos sino principalmente individuales, y dejan bastante margen de apreciación a los Estados.

Por lo anterior, ROTH afirma que es necesaria la elaboración de una convención sobre protección de minorías.¹²⁷ En su propuesta para un instrumento de este tipo, el autor no sólo explica los contenidos que realmente podrían encontrarse en él, sino también los *deseables*. Por eso, enumera por un lado las *provisiones* que debería incluir una convención sobre protección de minorías, y por otro también los *problemas* relacionados con situaciones de minorías que deberían ser consideradas con miras a decidir si merecen inclusión.

Además, ROTH plantea que un documento de este tipo debe contemplar todas las provisiones sobre el tema que haya tenido alguna vez aceptación internacional, ya sea en un instrumento universal, regional, multilateral o bilateral, vinculante o sólo declarativo, a menos que se relacione con situaciones completamente anacrónicas o a circunstancias específicas que impidan o dificulten su aplicación universal.

¹²⁵ RUIZ VIEYTEZ, E., “El Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales”, *op. cit.*, p. 517.

¹²⁶ RUIZ VIEYTEZ, E., “El Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales”, *op. cit.*, p. 518.

¹²⁷ ROTH, S., “Toward a Minority Convention: its need and content”, *op. cit.*, pp. 91-92.

Finalmente, el autor destaca que debe recordarse siempre el doble propósito de la protección de minorías, pues con ella pretende lograrse la igualdad de trato entre mayoría y minorías, así como la preservación y el desarrollo de la cultura particular que les identifica, a través de medidas especiales además del reconocimiento de derechos de la población en general. Al respecto, cabe mencionar los planteamientos de RODLEY, con respecto al modo en que el Derecho Internacional trata ciertos problemas que aquejan al discurso legal y político en cuanto a los derechos de minorías, como la tensión que puede darse entre la igualdad de derechos vs. el trato especial a un grupo, o la que puede surgir entre disposiciones especiales para minorías vs. los derechos individuales de los miembros de las minorías.¹²⁸

De acuerdo con ROTH, una convención sobre minorías debería empezar tratando varios asuntos fundamentales de aplicación general, como la definición del término mismo de *minorías* y su reconocimiento como tales. Lo último tiene una relevancia fundamental para la protección de minorías, por lo que no puede depender simplemente de la voluntad del Estado sino principalmente de su existencia concreta. En este sentido, es muy importante destacar la primacía de las obligaciones internacionales a las que el Estado está sometido. Es decir, si la existencia de una minoría nacional dentro de un Estado está demostrada objetivamente, su no-reconocimiento no dispensa al Estado del deber de cumplir con los principios de las provisiones de la protección internacional de minorías.

Esta falta de definición no sólo muestra un desacuerdo en el campo semántico, sino también un asunto de soberanía estatal: los Estados son reacios a reconocer derechos a minorías porque lo ven como una cesión de soberanía. Así, los Estados generalmente luchan por definir a las minorías de modos que no minen su soberanía. Por ejemplo, Alemania entiende que “minorías nacionales” son aquellos “grupos étnicos cuyos miembros son ciudadanos alemanes que viven en áreas de asentamiento bien definidas por un largo periodo de tiempo”, definición que dejaría fuera a los romaníes, que viven dispersos por el país en Alemania.¹²⁹

Según ARP, aunque no hay ninguna definición concreta de lo que son las minorías nacionales en ningún instrumento internacional, la práctica de los Estados y un análisis de los diversos documentos que se han firmado al respecto permiten hablar de un consenso en torno al contenido del concepto y establecer una definición como la siguiente: “un grupo de personas, caracterizadas por una identidad común que no es la constitutiva de su Estado de asentamiento, que tienen por regla general la ciudadanía de este Estado y que en cualquier caso han estado asentados en él desde hace mucho tiempo, de manera que se trata de una comunidad autóctona en ese Estado.”¹³⁰ CAPOTORTI incluye además

¹²⁸ RODLEY, Nigel S., “Conceptual problems in the protection of minorities: international legal developments”, en David WEISSBRODT y Mary RUMSEY (eds.), *Vulnerable and marginalised groups and human rights*, Cheltenham y Northampton, 2011, pp. 185-208.

¹²⁹ TSEKOS, Mary Ellen, “Minority rights: the failure of International law to protect the Roma”, *Human Rights Brief* nº 9, 2001-2002, pp. 26-29, p. 27: “...ethnic groups whose members are German nationals living in well-defined areas of settlement for a long period of time”. Traducción propia.

¹³⁰ ARP, B., *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, op. cit., p. 405. Consideramos, de todos modos, que el término “autóctono” no está correctamente empleado en este caso, pues en estricto rigor, no significa sólo que lleve mucho tiempo en un lugar, sino que es originario de ahí y anterior a otros habitantes. Como se analizará en el tercer capítulo y en las conclusiones de este trabajo, ésta es una característica propia de los pueblos indígenas, pero no necesariamente de las minorías nacionales.

ciertos aspectos que son bastante comunes en las diversas definiciones que pueden encontrarse acerca de las minorías nacionales, como su inferioridad numérica en relación con el resto de la población, su posición no dominante y la voluntad de preservar su cultura.¹³¹ Este último factor, que constituye el elemento subjetivo de la definición, resulta fundamental en la que plantea PACKER, para quien una minoría es un grupo de personas que se asocian libremente para un objetivo establecido, cuyo deseo compartido difiere del que expresa la mayoría.¹³²

También LLAMAZARES nos proporciona una definición de las minorías, las cuales a su juicio constituyen “grupos integrados por personas, nacionales o no, que tienen características comunes, raza y/o religión y/o lengua y/o tradiciones y/o costumbres sociales comunes que los diferencian de la mayoría dominante, que viven esas características comunes como parte integrante de su identidad, que se sienten solidarios en razón de ellas y, explícita o implícitamente, están decididos a conservarlas y fomentarlas en condiciones de igualdad, de hecho y de derecho, con el resto de la población, sin separarse de ella.”¹³³ Se trata de una visión más amplia que la de ARP, por cuanto no establece la ciudadanía como factor determinante ni exige su asentamiento de larga data en el Estado. Sí coincide con él en que una minoría tiene una identidad común distinta de la del Estado en que habita. No menciona el elemento numérico que plantea CAPOTORTI, pero sí comparte la importancia de su posición subordinada en la sociedad: aunque no lo incluye en la definición misma, más adelante en el texto el autor afirma que “[e]l carácter de *no dominante* es esencial del concepto de minoría.”¹³⁴ Finalmente, la voluntad de conservar su cultura es algo que tanto CAPOTORTI como PACKER y LLAMAZARES incluyen dentro de su idea de minoría.

Cabe destacar además, que el profesor LLAMAZARES distingue entre minorías territoriales (relacionadas con un determinado territorio) y no territoriales, aunque aplica su definición para ambos grupos.¹³⁵ Se trata de un elemento frecuentemente olvidado en las definiciones de lo que es una minoría nacional, pero que muchas veces resulta muy significativo para el análisis de ciertos casos. De hecho, al tratar el tema de los romaníes en el segundo capítulo de esta investigación, volveremos sobre este asunto, ya que es precisamente un buen ejemplo de la permanencia de una visión moderna territorial del

¹³¹ La célebre definición dice que por minoría debe entenderse “un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en una posición no-dominante, cuyos miembros –siendo nacionales del Estado- tienen características étnicas, religiosas o lingüísticas que difieren de las del resto de la población y muestran, aunque sólo implícitamente, un sentido de solidaridad, dirigido hacia la preservación de su cultura, tradiciones, religión o lengua”: “A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members –being nationals of the State- possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.” CAPOTORTI, F., *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, op. cit., párr. 568, p. 96. Traducción propia.

¹³² PACKER, John, “On the definition of minorities”, en John PACKER y Kristian MYNTII (eds.), *The protection of ethnic and linguistic minorities in Europe*, Åbo Akademi University Institute for Human Rights, Turku/Åbo, 1993, pp. 23-65. Citado en PACKER, J. “On the content of minority rights”, p. 123: “‘the’ or ‘a’ minority is a group of people who freely associate for an established purpose where their shared desire differs from that expressed by the majority rule.”

¹³³ LLAMAZARES, Dionisio, *Derecho a la libertad de conciencia. Tomo II: Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2007 [2003], p. 755.

¹³⁴ LLAMAZARES, D., *Derecho a la libertad de conciencia...*, op. cit., p. 757.

¹³⁵ LLAMAZARES, D., *Derecho a la libertad de conciencia...*, op. cit., pp. 755-757.

Estado y el Derecho Internacional, que dificulta la protección de los derechos de las minorías.

A juicio de PENTASSUGLIA, en general la protección de minorías se mantiene relacionada a un concepto “minimalista” de lo que constituye una minoría para efectos del Derecho Internacional.¹³⁶ Además, no obstante este consenso en torno a su definición, lo cierto es que hay ciertos Estados que niegan de manera explícita la existencia de minorías nacionales en el territorio que se encuentra bajo su soberanía, planteando que en ellos sólo hay una única nación. Claros ejemplos de esto son Francia, Grecia y Turquía, que con esta actitud practican una objeción persistente ante el Derecho de minorías.

De acuerdo con PACKER, la importancia de una definición conjunta del concepto de minoría no sólo se debe a aspectos teóricos, sino que tiene implicancias prácticas de interés común: evitar tensiones y conflictos armados. Esto, porque al no delimitarse los beneficiarios de los derechos de minorías que se han establecido, ni el contenido concreto de éstos mismos, pueden surgir invocaciones injustas, infundadas o injustificadas, de estos derechos, dando la posibilidad a tensiones sociales y conflictos en torno a la legitimidad de los demandantes y al contenido de sus derechos.¹³⁷

En segundo lugar, un documento de esta naturaleza debería incluir una norma de no-discriminación que garantizara la igualdad de trato hacia los miembros de minorías en relación con el trato dado al resto de la población de su país. Considerando que el principio se incluyó en todos los tratados y declaraciones del sistema de protección de minorías bajo la Sociedad de Naciones, y que aparece también en todos los instrumentos de derechos humanos actualmente en vigor –aun los que no tienen referencias a minorías–, una convención sobre minorías ciertamente debería contener una cláusula general de no-discriminación que, basada en estas provisiones, fuera aplicable a cada derecho abarcado en el documento.

Además, esta norma debería establecer claramente que igualdad significa igualdad de trato en la ley y de hecho. De esa manera, se legitimaría la acción positiva a favor de ciertas minorías, para que así puedan obtener derechos privilegiados sobre el nivel de mera igualdad. Esto, porque actualmente se entiende que la acción positiva es legítima siempre que se dirija sólo a establecer la igualdad fáctica entre los miembros de una minoría y los otros individuos. Para DEOP MADINABEITIA, de hecho, la misma protección de minorías puede considerarse como una consecuencia del principio de igualdad, a partir del cual, además de prohibir la discriminación en el ejercicio de los derechos humanos (lo que vendría a ser la igualdad de derecho), podría exigirse la aplicación de diferenciaciones con el fin de establecer un equilibrio entre situaciones distintas (es decir, la igualdad de hecho). En este sentido, “diferenciación” y “discriminación” no serían sinónimos, pues estas medidas constituirían *discriminación positiva*, debiendo llevarse a cabo exclusivamente para alcanzar la igualdad plena y efectiva.¹³⁸

Como la integridad física es el primer derecho que debe garantizarse a las minorías, una convención dedicada a su protección debe contener una norma que así lo establezca. Como se ha señalado anteriormente, la Convención contra el Genocidio se refiere a este asunto con provisiones que debería incorporar un instrumento similar que trate el tema específico de las minorías y grupos. Junto con esto, ROTH plantea que sería

¹³⁶ PENTASSUGLIA, G., *Minorities in International Law*, op. cit., pp. 55-71.

¹³⁷ PACKER, J., “On the content of minority rights”, op. cit., p. 121.

¹³⁸ DEOP MADINABEITIA, Xavier, *La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2000, pp. 86-90.

deseable incluir también otras normas relacionadas con este derecho, que aparecen en distintos documentos: provisiones sobre la libertad y la seguridad, la tortura y otros malos tratos, la libertad de movimiento y asilo, entre otras.¹³⁹

Por último, son muchos los aspectos que deben considerarse para poder garantizar un derecho a la identidad y que pasan por posibilitar y fomentar la preservación y el desarrollo de la cultura particular de cada minoría. Todos estos aspectos deben ser tomados en cuenta a la hora de redactar una convención que pretenda protegerlas, incluyendo provisiones acerca de la salud y los estándares de vida, la familia, el trabajo, la educación, la propiedad, la integridad legal y la integridad mental y moral, entre otros.

Entre los aspectos que conforman la cultura de un grupo, destacan algunos como la familia, que para muchas minorías constituye la unidad nuclear del grupo. Su protección, al igual que los derechos del niño, es esencial para su existencia y continuidad. Por tanto, una convención sobre minorías debería considerar también el hecho histórico del control de natalidad forzado y el asesinato de niños como medio de opresión a los grupos, estableciendo normas que lo condenen y busquen prevenirlo.

Por otro lado, es relevante también que una convención trate el tema del trabajo en relación con las minorías, desde un doble enfoque que considere los dos aspectos opuestos que han afectado históricamente a estos grupos en este ámbito: la negación del derecho a trabajar en ciertas ocupaciones determinadas, y la coerción para trabajar en forma de esclavitud o trabajo forzado.

En términos de preservación y desarrollo de la cultura, ciertamente es la educación el ámbito de mayor importancia, debido a que para ese fin es imprescindible que se garantice específicamente el derecho de las minorías al aprendizaje y la enseñanza de esa cultura en sus diversas facetas: la religión, la lengua y las tradiciones, principalmente. Por esto, no basta con reiterar el derecho general a la educación que ratifican numerosos instrumentos para toda la población, sino que se requieren medidas y normas especialmente dirigidas a las minorías. Tampoco es suficiente establecer la obligación de los Estados sólo en términos negativos, ya que una actitud pasiva por parte de éstos haría las disposiciones al respecto inoperativas.

En efecto, el derecho a la educación fue un elemento clave en todos los tratados y declaraciones del sistema diseñado por la Sociedad de Naciones. Como se ha descrito antes, en esos documentos se enfatizaba el derecho de los padres de elegir la educación de sus niños de acuerdo con sus propias convicciones y tradiciones, y a grandes rasgos se establecían tres derechos esenciales de las minorías en relación a la educación: establecer sus propias escuelas, recibir educación pública en su lengua materna, bajo ciertas condiciones, y recibir subsidios públicos, según las circunstancias.

En cuanto a esto, es bueno recordar las provisiones que al respecto ya hay en algunos instrumentos de Derecho Internacional, entre los que destacan el artículo 27 del PIDCP, el artículo 30 de la Convención de los Derechos del Niño¹⁴⁰ y el artículo 5(1)(c) de

¹³⁹ ROTH, S., "Toward a Minority Convention: its need and content", *op. cit.*, pp. 95-98.

¹⁴⁰ AGNU, Resolución 44/25 "Convención sobre los Derechos del Niño", 20 de noviembre de 1989. El artículo 30 dice lo siguiente: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma."

la Convención de la UNESCO contra la discriminación en educación¹⁴¹. Si bien los dos primeros no mencionan la educación en particular, sí afirman que el disfrute de la cultura propia es difícilmente posible sin el derecho a aprenderla y enseñarla. De todos modos, hay que mencionar que los últimos dos derechos que incluían los tratados del sistema posterior a la Primera Guerra Mundial (recibir educación pública en la lengua materna y recibir subsidios públicos), están ausentes en los arreglos universales contemporáneos.

Además, sería importante que una convención sobre minorías dejara claro que el estándar de educación en escuelas minoritarias no debe ser menor que los estándares generales establecidos por las autoridades. Limitaciones a este derecho serían la soberanía nacional (que no debe ser perjudicada por él) y la no-integración, en cuanto a que su ejercicio no debe evitar que los miembros de la minoría comprendan la cultura mayoritaria de la comunidad en la que se encuentran o de participar en sus actividades.

Por otro lado, aunque no constituya una norma, THORNBERRY considera que en cualquier instrumento legal futuro sobre minorías también debería mencionarse el reconocimiento de la contribución de las minorías nacionales en la arena internacional, para que se les vea como parte de la solución a las disputas internacionales más que como el problema que las ocasiona.¹⁴² En este sentido, merece la pena rescatar la referencia que en el ámbito europeo hace el Acta Final de Helsinki a la cooperación de las minorías nacionales en las áreas de educación y cultura, sobre lo que volveremos más adelante. En términos generales, la Segunda Conferencia Mundial sobre Racismo y Discriminación Racial de 1983 también hace una mención muy positiva acerca del valor de las minorías y la diversidad cultural en la comunidad internacional, refiriéndose tanto a grupos como individuos. En su párrafo 21, el documento trasciende la visión tradicional que se ha tenido en la historia de las minorías como fuente de inestabilidad, para sostener que “[p]ersonas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas y otras, pueden jugar un rol significativo en la promoción de la cooperación y el entendimiento internacionales, y la protección nacional de [sus] derechos”. Además, afirma que garantizar a los miembros de las minorías el derecho a participar totalmente en la vida de un país “puede contribuir a la promoción del entendimiento, la cooperación y las relaciones armoniosas entre personas pertenecientes a diferentes grupos que vivan en un país”¹⁴³.

¹⁴¹ UNESCO, “Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza”, 14 de diciembre de 1960. El artículo 5 señala que “debe reconocerse a los miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer las actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma, siempre y cuando: (i) Ese derecho no se ejerza de manera que impida a los miembros de las minorías comprender la cultura y el idioma del conjunto de la colectividad y tomar parte en sus actividades, ni que comprometa la soberanía nacional; (ii) El nivel de enseñanza en estas escuelas no sea inferior al nivel general prescrito o aprobado por las autoridades competentes; y (iii) La asistencia a tales escuelas sea facultativa.”

¹⁴² THORNBERRY, P., *International law and the rights of minorities*, op. cit., p. 397.

¹⁴³ “Persons belonging to national, ethnic and other minorities can play a significant role in the promotion of international co-operation and understanding, and the national protection of [their] rights”, y “can contribute to the promotion of understanding, co-operation and harmonious relations between persons belonging to minority to the different groups living in a country”. SEGUNDA CONFERENCIA MUNDIAL PARA COMBATIR EL RACISMO Y LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, Declaración y Programa de Acción, en *Report of the Second World Conference to combat Racism and Racial Discrimination*, Ginebra, 1-12 de Agosto de 1983, A/CONF.119/26, Naciones Unidas, Nueva York, 1983, párr. 21, p. 15. Disponible en https://digitallibrary.un.org/record/67160/files/A_CONF.119_26-EN.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017]. Traducción propia.

Un último punto dentro de lo que según ROTH debería considerar una convención sobre derechos de minorías nacionales para garantizar el derecho a la identidad de estos grupos, se refiere un asunto de especial interés para las minorías dentro del derecho a la integridad mental y moral: el del nombre, pues muchas veces es un criterio de identificación de pertenencia a un grupo cultural. Este derecho está regulado internacionalmente sólo en el artículo 24.2 del PIDCP¹⁴⁴, el 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴⁵ y el 8.1 de la Convención de los Derechos del Niño¹⁴⁶, ignorándose en la Convención sobre Discriminación Racial. De todos modos, el autor afirma que es un asunto que merece mayor atención en una convención sobre minorías.

Un aspecto que no se ha mencionado pero que oportunamente rescata ROTH, lo constituye la integridad legal, que resulta de una importancia significativa para los derechos de las minorías nacionales ya que incluye el derecho a la nacionalidad, el reconocimiento ante la ley, la igualdad ante la ley, el derecho a un juicio justo, etc. Esto, porque aunque está bien establecido en el Derecho Internacional, la garantía del derecho a la nacionalidad para los miembros de minorías ha sido frecuentemente un problema, algo preocupante considerando que algunos derechos humanos se restringen para los ciudadanos.¹⁴⁷

Por otra parte, es cierto que el concepto tradicional de la soberanía, el rol del Estado en el Derecho Internacional y la norma de no-intervención en asuntos internos están evolucionando y son objeto de revisión desde comienzos de los años noventa, lo que resulta muy significativo para la posición de las minorías, los grupos y pueblos en la vida internacional actual. No obstante, cualquier instrumento internacional que se construya con el fin de proteger a las minorías nacionales también debe establecer de manera muy explícita los límites de sus derechos en cuanto a seguridad e integridad territorial del Estado, garantizando el respeto de la independencia política de este último. Esto, porque en la realidad aún son los Estados los principales creadores y titulares de derechos y deberes en el Derecho Internacional, algo que muchas veces olvidan los defensores de los derechos humanos. En este sentido, lo cierto es que la capacidad del Derecho Internacional de contribuir a un orden más humano, estable y justo está limitado por la propia naturaleza del sistema, lo que se ha plasmado en la resistencia que los derechos de las minorías han provocado en los Estados.

De hecho, NOWAK afirma que el problema para resolver los asuntos de minorías radica principalmente en el rol de los Estados en ellos. Según el autor, la comunidad internacional no ha sido capaz de prever ni responder adecuadamente a los conflictos de minoría actuales debido a la falta de obligaciones explícitas de acciones positivas para los Estados y, sobre todo, a la ausencia de medidas eficientes de prevención y aplicación.¹⁴⁸ Un aspecto esencial para la solución de estos problemas, entonces, pasa necesariamente

¹⁴⁴ AGNU, Resolución 2200 A (XXI), artículo 24(2): "Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre."

¹⁴⁵ OEA, "Convención Americana de Derechos Humanos", 22 de noviembre de 1969. Su artículo 18 señala lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario."

¹⁴⁶ AGNU, Resolución 44/25, artículo 8.1: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas."

¹⁴⁷ ROTH, S., "Toward a Minority Convention: its need and content", *op. cit.*, pp. 106-107.

¹⁴⁸ M. NOWAK, "The evolution of minority rights in International law", *op. cit.*, p. 103.

por lograr un consenso político acerca de una acción más eficiente, para que esas medidas funcionen sobre la base de derechos de minoría individuales y colectivos.

En relación con lo anterior, es importante que se logre una comprensión cabal de la necesidad de estas medidas de protección especiales: aunque a veces se considere que se trata de concesiones de privilegios, su fundamento se encuentra precisamente en la aplicación de nociones que ya han sido aprobadas por todos los Estados en innumerables documentos universales, como son los principios de igualdad y de no-discriminación entre personas y grupos humanos. En efecto, la protección de minorías nacionales pretende en última instancia crear para sus miembros las mismas condiciones que tiene la mayoría para usar su lengua, practicar su religión y sus tradiciones de raíz étnica, etc.

4. Derecho de Minorías Nacionales en Europa

Como se puede ver, la redacción de una convención universal sobre protección de minorías debe hacer frente a varios escollos relevantes: si ya es difícil que un Estado se obligue voluntariamente a adoptar medidas que le haga temer por su integridad territorial, su soberanía y su independencia política, más difícil aun es que además se pongan todos los Estados de acuerdo en torno a ello. Por lo tanto, sigue siendo algo debatible las posibilidades reales que hay de alcanzar un consenso universal en pos del progreso en la protección de minorías.

En cambio, más probable es sacar buenos resultados al respecto en ámbitos regionales, donde factores como la reducción del número de Estados, la mayor similitud cultural y las mayores posibilidades de cooperación interestatal que brinda la proximidad física, favorecen en general la adopción de acuerdos. En particular, THORNBERRY cree que debido a sus asociaciones históricas con “la cuestión de las minorías”, Europa es quizás el único punto de partida continental posible para un instrumento regional sobre minorías.¹⁴⁹ En comparación a los otros continentes, en Europa se le ha dado mucha más importancia a la cuestión de las minorías nacionales. A juicio de PETSCHEN VERDAGUER, esto se debe principalmente a dos factores: el alto nivel cultural y la consiguiente concienciación de la sociedad europea, y a que los territorios son pequeños y con fronteras muy cercanas unas de otras.¹⁵⁰

Por otro lado, los instrumentos regionales pueden significar mayores ventajas para las minorías, por cuanto sus miembros tienen más acceso a los centros de toma de decisiones y más posibilidades de participación y de reparación de sus reclamos.¹⁵¹

La protección de minorías nacionales en Europa se comprende dentro del sistema europeo de derechos humanos, el cual está conformado por diversos instrumentos de protección que, a pesar de ser diferentes, corresponder a distintas instituciones y situarse en distintos niveles y ámbitos de aplicación, se relacionan entre sí de manera interdependiente. En una sociedad internacional que opera crecientemente como una red de nodos interconectados, es natural que también los ordenamientos jurídicos funcionen de esta manera conjunta, como partes de un mismo sistema. De acuerdo con esto, el sistema europeo de derechos humanos puede definirse como el “conjunto de reglas o principios que, recogidos en una serie de instrumentos normativos emanados de las organizaciones supranacionales cuyo cometido básico consiste en la defensa de la democracia y los derechos humanos en el continente europeo, apuntan de manera

¹⁴⁹ THORNBERRY, P., *International law and the rights of minorities*, *op. cit.*, p. 397.

¹⁵⁰ PETSCHEN VERDAGUER, Santiago, “La cuestión de las minorías nacionales en el sistema de cooperación europeo”, Curso de Derecho Internacional, pp. 140-141. Disponible en www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009_3.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

¹⁵¹ THORNBERRY, P., “The UN Declaration on the Rights of Persons...”, *op. cit.*, p. 61.

cooperativa y coordinada a conseguir el respeto de la dignidad de la persona a través del establecimiento de unas condiciones de convivencia pacífica.”¹⁵²

Las partes que conforman este sistema son los tres foros para la paz duradera que surgieron después de la Segunda Guerra Mundial, y que se transformaron en pilares de la construcción de la “Europa de los derechos humanos”: el Consejo de Europa, la Unión Europea y la OSCE.

Estos tres foros coinciden con las tres esferas “geo-jurídicas” a las que hace referencia TONIATTI, y que corresponden a la Unión Europea en un nivel más interno, el Consejo de Europa en uno intermedio, y la OSCE como nivel más externo.¹⁵³ Es decir, al Derecho supranacional, al Derecho Internacional y al *soft law*, respectivamente, y son dimensiones que han producido un proceso de creciente intercambio entre el Derecho Internacional y el nacional de cada Estado, reforzando mutuamente las garantías que corresponden a cada una.

MARTÍN-RETORTILLO, por otra parte, también se refiere a tres vías europeas de protección de los derechos humanos, pero las identifica como la Constitución de cada Estado, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) y los instrumentos de la Unión Europea para ello. De acuerdo con este autor, aunque cada uno de estos ordenamientos jurídicos tiene sus propias reglas, a la hora de interpretarlos es necesario considerar que están interconectados, pues son vías *concurrentes*: los tres han tenido un origen común y objetivos similares, pero han dado resultados muy distintos; no obstante, se ven “sometidos a intensos flujos recíprocos, con mutuas interferencias que a veces se reflejan en la legislación, acaso en la propia formulación constitucional, y, sobre todo, y más frecuentemente, en la práctica judicial”¹⁵⁴.

En realidad, ambos autores hacen hincapié en casi lo mismo, pues aunque JIMENA QUEZADA no se refiere a las Constituciones de cada Estado como parte directa del sistema, sí afirma que el ordenamiento jurídico europeo debe reflejarse en ellas. La única diferencia es su inclusión de la OSCE en él, que MARTÍN-RETORTILLO no contempla. De todas maneras, el primero enfatiza la importancia del Consejo de Europa y la Unión Europea, que son precisamente las dos organizaciones internacionales que menciona el segundo.

4.1 Evolución Histórica del Derecho de Minorías en Europa

Dentro del ámbito europeo, el primer documento relevante que se refiere a estos asuntos después de la Segunda Guerra Mundial, lo constituye el CEDH de 1950¹⁵⁵. En su artículo 14, este instrumento incluye la “asociación con una minoría nacional” dentro de los motivos de discriminación prohibida. Lo cierto es que es ésta la única mención sobre minorías que se hace en toda la Convención, la cual no contiene ningún artículo dedicado especialmente a ellas. A juicio de THORNBERRY, esto es lamentable, considerando que se

¹⁵² JIMENA QUEZADA, Luis, *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2006, p. 23.

¹⁵³ TONIATTI, Roberto, “Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 58, fascículo 2, 2000, pp. 17-48.

¹⁵⁴ MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 55.

¹⁵⁵ CONSEJO DE EUROPA, “Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, 4 de noviembre de 1950.

trata del modelo de trabajo más exitoso de una institución de derechos humanos.¹⁵⁶ Además, este artículo de no-discriminación presenta una significativa debilidad, y es que se trata de una cláusula auxiliar más que un derecho independiente, pues una demanda por trato discriminatorio debe invocarse en conjunto con otra por alguna de las disposiciones substantivas del Convenio.¹⁵⁷

Según afirma ROTH, hubo un intento de incluir una cláusula de protección de minorías en el Segundo Protocolo de el CEDH, pero fracasó.¹⁵⁸

Los documentos de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa (en adelante, CSCE) son más positivos, pero no son legalmente vinculantes. De todos modos, es importante tenerlos en cuenta, ya que tienen consecuencias políticas importantes debido a la obligación moral que impone a los Estados, aunque no sea estrictamente legal. En este sentido, muchos de sus documentos pueden ser considerados como *soft law*, aunque siempre apuntan más a una declaración de intenciones de los Estados que a una afirmación de obligaciones.

El primero de ellos que se refiere a las minorías es el Acta Final de Helsinki de 1975, cuyo principio VII se refiere al respeto de los derechos humanos, incluyendo la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia. Literalmente, el texto dice:

“En este contexto, los Estados participantes reconocerán y respetarán la libertad de la persona de profesar y practicar, individualmente o en comunidad con otros, su religión o creencia, actuando de acuerdo con los dictados de su propia conciencia.

Los Estados participantes en cuyo territorio existan minorías nacionales respetarán el derecho de los individuos pertenecientes a tales minorías a la igualdad ante la ley, les proporcionarán la plena oportunidad para el goce real de los derechos humanos y las libertades fundamentales y, de esta manera, protegerán los legítimos intereses de aquéllos en esta esfera.”¹⁵⁹

Las provisiones del Acta de Helsinki constituyen un reconocimiento significativo de la importancia de las minorías en la agenda de las relaciones internacionales, pero no hay que olvidar que no pasa de ser una provisión marco que incluso se refiere a la protección de minorías de una manera más estrecha que el artículo 27 del PIDCP. Por ejemplo, mientras este último incluía a las “minorías étnicas, religiosas o lingüísticas” sin mencionar a las “minorías nacionales”, el Acta Final de Helsinki hace precisamente lo opuesto y sólo nombra a estas últimas.

Por otra parte, el instrumento europeo no establece ningún derecho a la identidad particular de las minorías, y sus provisiones obedecen esencialmente al principio de no-discriminación: se refiere a la “igualdad ante la ley” de los miembros de las minorías, y a su “total oportunidad para el actual disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales”, los cuales no son descritos de modo específico.

¹⁵⁶ THORNBERRY, P., *International law and the rights of minorities*, op. cit., p. 397.

¹⁵⁷ ANAGNOSTOU, Dia, “The Strasbourg Court, democracy and the protection of marginalised individuals and minorities”, en Dia ANAGNOSTOU Evangelia PSYCHOGIOPOULOU (eds.), *The European Court of Human Rights and the rights of marginalised individuals and minorities in national context*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden y Boston, 2010, pp. 1-26, pp. 17-18.

¹⁵⁸ ROTH, S., “Toward a Minority Convention: its need and content”, op. cit., p. 89.

¹⁵⁹ CSCE, “Acta Final de Helsinki”, de 1 de agosto de 1975, p. 5. Disponible en www.osce.org/es/mc/39506?download=true [última visita: 27 de octubre de 2017].

Un aspecto que sí resulta destacable en el Acta de Helsinki, es la valoración positiva que se hace de manera explícita acerca del aporte cultural que pueden significar las minorías, lo cual ha sido rescatado por algunos autores como un aspecto a incluir en un documento universal al respecto. En concreto, el instrumento dedica varias páginas a la cooperación cultural, al final de las cuales dedica el siguiente párrafo a las minorías nacionales o culturas regionales:

“Los Estados participantes, reconociendo la contribución que las minorías nacionales o las culturas regionales pueden aportar a la cooperación entre ellos en diversos campos de la cultura, se proponen facilitar esta contribución cuando en sus territorios existan tales minorías o culturas, teniendo en cuenta los legítimos intereses de sus miembros.”¹⁶⁰

En la correspondiente sección relativa a la educación, el texto presenta el mismo párrafo anterior, reemplazando el término “campos de la cultura” por “campos de la educación”.¹⁶¹

No obstante, en general los dos ejemplos que constituyen las menciones acerca de las minorías nacionales en el CEDH y en el Acta Final de Helsinki no fueron un avance muy significativo en la materia dentro de Europa, y ni siquiera se trata de instrumentos específicos al respecto. Lo cierto es que el mayor impulso que en el ámbito regional han tenido las iniciativas por el desarrollo de normas internacionales de derechos de minorías, se ha dado –igual que en el universal– a lo largo de los últimos veinte años.

Según KYMLICKA, lo anterior se debe a los temores que a comienzos de los noventa generaron las tensiones étnicas posteriores a la caída del comunismo en Europa Central y del Este, en cuanto a que pudieran desencadenar una escalada de conflictos violentos en el territorio, que tuviera dentro de sus consecuencias el desplazamiento a gran escala de refugiados hacia Europa occidental (cosa que efectivamente sucedió en los casos de Bosnia y Kosovo). Además, quiso evitarse que guerras civiles crearan zonas sin ley que permitieran el tráfico de armas y drogas u otras formas de delincuencia y extremismo. Esto, junto con un interés en poner fin al sufrimiento de las comunidades en conflicto y creyendo que la capacidad de los países postcomunistas para gestionar su diversidad étnica probaría su preparación para reintegrarse en Europa, conforman el conjunto de “razones humanitarias, interesadas e ideológicas” detrás de la internacionalización de los derechos de las minorías en Europa.¹⁶² A raíz de esto, la Unión Europea y la Organización del Tratado del Atlántico Norte (en adelante, OTAN) decidieron establecer el derecho de las minorías como uno de los cuatro requisitos necesarios para que un Estado candidato pudiese ingresar en sus estructuras. De esa manera, el asunto pasó a ser crucial en la vida política europea y en el proceso de reintegración en el continente.

Ahora bien, el proyecto de internacionalizar los derechos requería ciertas normas internacionales compartidas, o al menos algunos criterios europeos generales al respecto. Antes de 1990 este consenso no existía, pues no había instrumentos formales regionales que describieran o identificaran los derechos de las minorías nacionales, ni un vocabulario común para tratar el tema. De hecho, las diferencias que podían observarse entre los distintos países europeos en su tratamiento del asunto eran bastante grandes. De ahí

¹⁶⁰ CSCE, “Acta Final de Helsinki”, p. 52.

¹⁶¹ CSCE, “Acta Final de Helsinki”, p. 58.

¹⁶² KYMLICKA, W., “La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías...”, *op. cit.*, pp. 13-14.

también la importancia del esfuerzo por establecer normas europeas que regularan las relaciones entre Estado y minorías en la región.

Otro aspecto importante que se tuvo en consideración al comenzar esta empresa, fue la necesidad que había de establecer estándares *específicos* para las minorías, que se centraran en ciertos grupos etnonacionales determinados, para que así pudiera superarse la incapacidad que tenían las normas entonces vigentes de solucionar los violentos conflictos étnicos de la Europa postcomunista a causa de su universalidad. De ese modo, desde 1990 los esfuerzos europeos de codificación se dirigieron concretamente a las “minorías nacionales”, algo a lo que no se habían dedicado otros organismos internacionales pero ya estaba presente en el Acta Final de Helsinki, como se ha visto anteriormente.

Dentro de ese marco, comenzaron a establecerse ciertos mecanismos para supervisar el trato que los países postcomunistas brindaban a sus minorías, principalmente bajo el auspicio de las organizaciones internacionales más relevantes en Europa.

Por ejemplo, la CSCE produjo algunos nuevos instrumentos como el Documento Final de la Segunda Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de 1990, el Informe de la Reunión de Expertos sobre minorías nacionales de 1991, y las Decisiones de Helsinki de 1992, que crearon el Alto Comisionado para las Minorías Nacionales (en adelante, ACMN), lo que significó un acontecimiento muy significativo en la evolución de la protección de las minorías en Europa.

También pueden mencionarse dos nuevos documentos elaborados por el Consejo de Europa que tienen carácter vinculante, por lo que resultan muy relevantes. En primer lugar, la Carta Europea para las Lenguas Regionales y Minoritarias de 1992 (en adelante, CELRM), la cual incluye medidas de gran alcance para la acción positiva del Estado en relación con la promoción del uso de lenguas minoritarias en educación y cultura, en procedimientos legales ante tribunales y autoridades administrativas, en la prensa y en la vida económica y social, entre otros ámbitos.

Posteriormente, la Declaración de la Cumbre de Viena del Consejo de Europa de 1993 dedica su Anexo II a las minorías nacionales, encomendando al final al Comité de Ministros a iniciar los trabajos para lo que más adelante se constituiría en el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante dedicado específicamente a la protección de las minorías nacionales: el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (en adelante, CMPMN). Firmado en 1995, el CMPMN estableció diversos organismos asesores y mecanismos de denuncia que comenzaron a funcionar desde entonces. De acuerdo con Elizabeth CRAIG, con este instrumento comenzó a darse un giro en Europa en cuanto al enfoque desde el cual se miraba el asunto de las minorías, pues mientras inicialmente prevaleció el camino de la seguridad a través de la OSCE, el CMPMN viene a mostrar la paulatina puesta en práctica de una visión más orientada hacia la justicia.¹⁶³ A juicio de DÍAZ BARRADO, el Consejo de Europa quiso hacerse cargo de la cuestión de las minorías como uno de sus principales objetivos y “propiciar, por ende, un marco de actuación en el que las personas que pertenezcan a las mismas puedan ejercer sus derechos específicos utilizando, al efecto, como telón de fondo: por una parte, la necesidad de *asegurar y garantizar la paz y la estabilidad en el continente*, con lo que la

¹⁶³ CRAIG, Elizabeth, “From Security to Justice? The Development of a More Justice-oriented Approach to the Realisation of European Minority Rights Standards”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 30, n° 1, 2012, pp. 41-65.

cuestión de las minorías desborda así los estrechos márgenes, incluso en ocasiones, de las relaciones puramente bilaterales entre los Estados miembros; y, por otra parte, incidiendo en la necesidad *de que en los ordenamientos internos* de estos Estados se les brinde a las minorías una real protección. Con todo, se conjugan elementos nacionales e internacionales que aspiran a la consecución del mismo fin.”¹⁶⁴

Como puede apreciarse, los instrumentos europeos dedicados a la protección de minorías nacionales emanan precisamente de las tres esferas geo-jurídicas o los tres “foros para la paz duradera” a los que se aludió anteriormente: la UE, el Consejo de Europa y la OSCE, cuya interacción con el Derecho interno de los Estados ha ido en aumento, especialmente en torno a los Derechos de las minorías.

4.2 Derechos de Minorías Nacionales en las tres Esferas Geo-jurídicas Europeas

4.2.1 UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea lleva ya un par de décadas dando un rol fundamental al respeto de los derechos humanos y de las minorías, por cuanto lo establece como un requisito primordial que deben cumplir los candidatos a la adhesión a la organización, especialmente los del centro y del este de Europa.

Sin embargo, son muy pocos los instrumentos específicos que pueden encontrarse en la legislación de la Unión Europea dedicados a la protección de los derechos de las minorías, y hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa recién el año 2009, no existía ninguna provisión comunitaria que se refiriera a este aspecto. En efecto, dicho tratado es el primer documento de la organización que incorpora la palabra “minoría”, dentro de los principios generales en los que se funda la Unión Europea.

La legislación de la Unión Europea con respecto a la protección de minorías se caracteriza principalmente por instrumentos *hard law* que se enfocan más en la no-discriminación que en la promoción de sus derechos. Y como se ha analizado en esta investigación, la sola prohibición de la discriminación –directa e indirecta– no basta para garantizar el cumplimiento de los derechos de sus miembros, sino que es necesario que se adopten medidas de acción positiva.

Un buen ejemplo de esta orientación jurídica de la Unión Europea es el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, que faculta al Consejo para combatir la discriminación por sexo, origen racial o étnico, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual.¹⁶⁵ Según DE SCHUTTER y VERSTICHEL, esta norma sólo proporciona una base legal más que una prohibición de aplicación directa o un principio independiente, y se redactó de esa manera para que no tuviera efecto directo.¹⁶⁶ De todos modos, las potencialidades de

¹⁶⁴ DÍAZ BARRADO, Castor, *La protección de las minorías nacionales por el Consejo de Europa*, EDISOFER, Madrid, 1999, p. 140.

¹⁶⁵ UNIÓN EUROPEA, Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº C 340, de 10 de noviembre de 1997, pp. 1-144.

¹⁶⁶ DE SCHUTTER, Olivier y Annelies VERSTICHEL, “The role of the Union in integrating the Roma: present and posible future”, *EDAP* 2/2005, p. 8. Disponible en

este artículo 13 siguen siendo inciertas hasta cierto punto, pues tanto su mandato como el concepto de igualdad en el que se basa siguen siendo objeto de debate. En primer lugar, puede ser interpretado como que faculta al Consejo sólo a adoptar medidas contra la discriminación o como que estas medidas pueden incluir provisiones que persigan mejorar afirmativamente la igualdad. Además, el artículo no persigue expresamente el establecimiento de una igualdad substantiva.

Como ya se ha señalado, la noción de “minorías nacionales” hizo presencia en la Unión Europea recién en los años noventa y principalmente con respecto a la ampliación de la organización hacia el este. Después del 2009, al entrar en vigor el Tratado de Lisboa, la protección de minorías ha adquirido carácter vinculante. En este instrumento se incluye por primera vez la palabra “minoría”, al añadir un artículo 1 *bis* donde se establecen los principios generales que fundan la organización de la siguiente manera:

“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, *incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías.*”¹⁶⁷

Cabe mencionar que no se define el término “minorías” ni se le da ninguna calificación (ni nacional o étnica o religiosa, ni vieja ni nueva). Por otro lado, en el documento se entienden los derechos de las minorías en términos individuales y siempre dentro del contexto de los derechos humanos. De todos modos, es un gran paso adelante que esté considerado en la ley principal de la Unión Europea. Además, el Tratado reconoce personalidad jurídica a la organización, por lo que abre la posibilidad a que sea parte del CEDH como tal.

Por otra parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada el 2000 en Niza, es el documento que la organización dedica a la protección de los derechos humanos. Su importancia radica en que, tras la ratificación del Tratado de Lisboa, es jurídicamente vinculante para los Estados miembros. Por eso, para los derechos de las minorías resulta relevante su artículo 21, que prohíbe la discriminación por ser miembro de una minoría nacional, entre más de diez otras razones entre las que se encuentran la raza, el color, el lenguaje, la religión y el origen étnico o social, por ejemplo. Es el único artículo que se refiere explícitamente a las minorías nacionales, y el hecho de considerar esos otros motivos de discriminación es muy relevante para las minorías nacionales que no son reconocidas como tales en sus Estados. De ahí que esto resulte significativo para nuestra investigación, tomando en cuenta que bajo el CPMN los romaníes no son considerados como minoría nacional en varios países. De acuerdo con esta normativa de la Unión Europea, en casos así el grupo podría basar sus demandas por discriminación en su origen étnico o social.

Por otro lado, cabe mencionar también el artículo 22, donde se establece el respeto de la Unión Europea por la diversidad cultural, religiosa y lingüística, como principio de la entidad. A juicio de PETSCHEN VERDAGUER, esto es “auténticamente novedoso”: “No es un texto elaborado, dirigido directamente a las minorías. Europa es plural sin necesidad de tener en cuenta a las minorías. Pero si se las considera, la diversidad aumenta notablemente. Por ello, la referencia a la diversidad es beneficiosa

www.eurac.edu/en/research/autonomies/minrig/publications/Documents/EDAP/2005_edap02.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

¹⁶⁷ UNIÓN EUROPEA, Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de diciembre de 2007. Diario Oficial de la Unión Europea nº C 306, de 17 de diciembre de 2007, pp. 1-248.

para las minorías aunque no queden explicitadas. Los tres adjetivos que pone el texto «cultural, religiosa y lingüística» están seleccionados para abarcar todo. Es cierto que lo religioso y lo lingüístico son parte de lo cultural. Habría entonces un adjetivo general y dos específicos que son aquellos que más incidencia tienen tanto en la identidad de los pueblos como de las minorías. El religioso era el factor principal de la identidad hasta el siglo XIX.”¹⁶⁸

Ambos artículos –21 y 22– son de interés para los romaníes, que se estudiarán en esta investigación. Además, otros artículos de la Carta protegen el derecho a la libertad de expresión, de religión, de asociación y el respeto por la vida privada, todos asuntos que, aunque de derechos humanos en general, son siempre significativos para los grupos minoritarios.

La *Racial Equality Directive (2000/43/EC)*¹⁶⁹ constituye otro instrumento relevante para la protección de minorías nacionales. Basada en el principio de trato igualitario sin importar origen étnico o racial, exige a todos los Estados miembros prohibir la discriminación debido a origen étnico o racial en las áreas de salud, educación, empleo, protección social, vivienda y acceso a bienes y servicios.

Cabe destacar que en su artículo 2 la Directiva define por primera vez lo que se entiende por discriminación directa (“cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable”), así como la discriminación indirecta (“cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”) y el acoso (“constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo”). También prohíbe la incitación a discriminación por origen racial o étnico.

Lo que lamentablemente no incluye este instrumento es una prohibición a la discriminación por nacionalidad, ya que para algunos Estados miembros se ponía en riesgo la soberanía y la flexibilidad en asuntos de inmigración, asilo y sistemas de bienestar social. Para DE SCHUTTER y VERSTICHEL esto es impresentable y contrario a Derecho Internacional, pues puede crear confusión y además hay que considerar que, a la luz de la precaria situación de muchos no-nacionales en Europa –incluyendo a los romaníes, que se estudian en esta investigación–, la exclusión nacional está contribuyendo bastante a la exclusión social.¹⁷⁰

Por otro lado, lo que se establece en la Directiva son requerimientos *mínimos* contra la discriminación: el artículo 5 permite a los Estados miembros introducir o mantener medidas de acción positiva, pero no les obliga a ello. Por lo tanto, no se orienta

¹⁶⁸ PETSCHEN VERDAGUER, S., “La cuestión de las minorías nacionales...”, *op. cit.*, p. 178.

¹⁶⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2000/43/EC, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº L 180, de 19 julio de 2000, pp. 22-26.

¹⁷⁰ DE SCHUTTER, O. y A. VERSTICHEL, “The role of the Union in integrating the Roma...”, *op. cit.*, p. 15.

hacia alcanzar la igualdad en un sentido amplio, redistributivo y orientado hacia el resultado.¹⁷¹

La *Employment Framework Directive (2000/78/CE)*¹⁷², por otra parte, prohíbe la discriminación en las áreas de empleo y formación vocacional, pero sólo por los siguientes motivos: religión o credo, edad, discapacidad y orientación sexual. De hecho, señala que no cubre diferencias de trato por nacionalidad.¹⁷³

En realidad, la Unión Europea ha dejado el problema de la inclusión e integración de grupos marginados a discreción de los Estados miembros, dándoles libertad para adoptar programas y políticas al respecto, sin establecer medios legales que les obliguen a ello de manera concreta.

Es significativo que la Unión Europea establezca como requisito para que un Estado pueda adherirse a la organización, el respeto de los derechos humanos y en especial la protección de las minorías nacionales. No obstante, hay autores algo escépticos al respecto, que afirman que esta postura no pasa mucho más allá del papel, pues no se lleva mucho a la práctica. Según FERRER LLORET, por ejemplo, “por lo general en la práctica este posicionamiento no es siempre seguido de la adopción por la UE de medidas concretas eficaces, ya sean de carácter positivo, ya sean de talante sancionador, con la finalidad de mejorar el nivel de protección de los derechos de las minorías en los países de la Europa central y del este. La prematura aceptación de Turquía como candidato a la adhesión no deja de ser una prueba fehaciente”¹⁷⁴.

4.2.2 CONSEJO DE EUROPA

Como es sabido, el Consejo de Europa es la entidad en la que comenzó a desarrollarse el Derecho Internacional de los derechos humanos en Europa. En particular, la cuestión de las minorías nacionales estuvo presente en la organización desde sus comienzos, a pesar de no haber en ese momento problemas tan manifiestamente candentes al respecto, como tras la Primera Guerra Mundial. Esto muestra que el trabajo del Consejo de Europa en estos asuntos no obedece a circunstancias coyunturales que pongan en peligro la paz y la seguridad internacional en Europa, aunque el escenario que surgió tras la Guerra Fría ciertamente intensificó la búsqueda de soluciones a problemas en torno a las minorías nacionales en Europa.

¹⁷¹ BARNARD, Catherine, “The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality”, *McGill Law Journal*, vol. 46, 2001, pp. 955-977, p. 976.

¹⁷² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco legal para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº L 303, de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22.

¹⁷³ Lo que dice textualmente el párrafo 12 de la directiva es lo siguiente: “To this end, any direct or indirect discrimination based on religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards the areas covered by this Directive should be prohibited throughout the Community. This prohibition of discrimination should also apply to nationals of third countries but does not cover differences of treatment based on nationality and is without prejudice to provisions governing the entry and residence of third-country nationals and their access to employment and occupation.”

¹⁷⁴ FERRER LLORET, Jaume, “La protección internacional de la minoría romaní (gitanos) en Europa”, en Isabel GARCÍA RODRÍGUEZ (ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Universidad de Alcalá D.L., Alcalá de Henares, 2001, pp. 165-203, p. 179.

a) *Convenio Europeo de Derechos Humanos*

El propósito de la organización es la unidad entre sus miembros y la protección de los derechos fundamentales, por lo cual se basa en el principio de preeminencia del Derecho, fundamento también del derecho europeo de los derechos humanos. Esto se vio materializado en la firma del CEDH, acuerdo jurídicamente vinculante dedicado a su protección, aunque se dedica principalmente a los derechos políticos, dejando de lado los sociales. En este sentido, puede verse aquí la misma prevalencia de los primeros por sobre los segundos, que se observa en el ámbito universal, en cuanto al rol que cumplen el PIDCP y el PIDESC. De todos modos, el CEDH es claramente “un hito sin parangón en cuanto a la protección internacional de los derechos humanos, hasta el punto de poder ser considerado como el desarrollo más avanzado en ese ámbito”¹⁷⁵. Esto, al compararlo tanto con textos de protección de derechos humanos de la misma época como con otros adoptados después.

A diferencia de la DUDH, por ejemplo, el Convenio incorpora un mecanismo de reacción frente a sus violaciones por los Estados partes, no sólo los enuncia. Así, mientras Naciones Unidas expresó la esperanza universal de la paz sin ver la necesidad de utilizar un método de reglas y excepciones, las circunstancias que llevaron a su creación impulsaron el seguimiento de un método sistemático por parte del CEDH, privilegiando objetivos más alcanzables que ideales.¹⁷⁶

De textos internacionales más nuevos, por otro lado, el CEDH se distingue principalmente por dos elementos que generalmente no están en ellos: su naturaleza judicial y el margen de actuación autónoma reconocida al particular en defensa de sus derechos.

La primera característica evita que el control del respeto por los derechos fundamentales tenga un carácter político, algo común en textos de alcance universal como los Pactos y que también es muy frecuente en el ámbito regional, incluso en el europeo (la Carta Social Europea y el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, por ejemplo, tienen sistemas basados en el examen de comunicaciones estatales por comités). El sistema del CEDH, en cambio, se aparta del ámbito político y se centra en la garantía judicial de los derechos humanos a través de sentencias dictadas por un tribunal: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), con sede en Estrasburgo.

En cuanto al segundo aspecto, cabe señalar que el CEDH se distingue por ser el único mecanismo internacional de protección de derechos humanos donde el individuo tiene la misma legitimación activa que el Estado, pues puede acceder personalmente a los órganos que lo conforman. Con el Protocolo n° 9 (redactado en 1990, vigente desde 1994) se reconoció legitimación activa a las víctimas demandantes, para someter el caso al TEDH, hasta tres meses después de la emisión del informe de la Comisión sobre el fondo del asunto. El Protocolo n° 11 les reconoció después *locus standi* para intervenir directamente ante el TEDH en todas las fases del procedimiento. A juicio de MARTÍN-

¹⁷⁵ SALINAS ALCEGA, Sergio, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Iustel, Madrid, 2009, p. 15.

¹⁷⁶ ARGYROPOULOS, Christophoros, “European Convention on Human Rights: history and adaptation. The role of European Court of Human Rights”, en Nomiko ΒΗΜΑ, *European Court of Human Rights. 50 years*, Athens Bar Association, Atenas, 2010, pp. 126-128.

RETORTILLO, esta admisión de la reclamación individual muestra el compromiso del Consejo de Europa con la limitación de la soberanía de los Estados.¹⁷⁷

Por otro lado, el CEDH se distingue también entre los otros mecanismos regionales de protección de derechos humanos, como el americano y el africano. La mayor evolución del sistema europeo le ha llevado a una mayor judicialización, por ejemplo, al desaparecer el órgano no jurisdiccional (la Comisión Europea de Derechos Humanos) con la reforma que se aplicó a partir del Protocolo n° 11. De ese modo, la labor de la jurisprudencia del TEDH ha sido importantísima para la garantía efectiva y la extensión de los derechos fundamentales, sirviendo también de modelo para cortes judiciales nacionales e internacionales y dando lugar a un verdadero derecho común europeo de los derechos y libertades.¹⁷⁸

Lo anterior ha sido posible debido a una línea jurisprudencial de Estrasburgo que ha aportado nuevas visiones a la protección de los derechos humanos. Así, por ejemplo, aunque los derechos reconocidos en el CEDH son sobre todo cívico-políticos¹⁷⁹, ha favorecido también el valor de la igualdad, intrínseco de los derechos sociales.

Por otro lado, el TEDH ha insertado en su jurisprudencia la doctrina de las *obligaciones positivas*, que es más amplia que la *Drittwirkung* o protección de derechos frente a terceros porque, mientras esta última es esencialmente reparadora en vía judicial, plantea la adopción de medidas positivas por parte de los Estados para asegurar el correcto ejercicio de los derechos humanos y no sólo prohibiciones de acciones. Esto implica que un Estado puede tener responsabilidad *indirecta* en casos de violaciones de derechos fundamentales hechas por individuos (*mittelbare Drittwirkung* en la doctrina alemana); es decir, que aunque los derechos humanos obligan sólo a los Estados, éstos deben, en lo posible, asegurar que éstos se respeten en las relaciones *inter privatos*. Por tanto, si un individuo particular viola un derecho fundamental de otro y no hubo protección estatal efectiva que –pudiendo hacerlo– lo evitase, el Estado puede ser responsable de ello.¹⁸⁰ Este aspecto cobra especial relevancia para el caso de los derechos de las minorías nacionales, para cuyo ejercicio muchas veces no basta con la prohibición de la discriminación sino que se hacen necesarias ciertas medidas positivas que fomenten el desarrollo de la cultura del grupo.

Finalmente, pero quizás uno de los aspectos más relevantes, el TEDH ha asumido una perspectiva dinámica o evolutiva en la interpretación del CEDH en base al principio *favor libertatis*¹⁸¹, pues lo considera como un instrumento vivo que debe interpretarse de

¹⁷⁷ MARTÍN-RETORTILLO, L., *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 51-52.

¹⁷⁸ JIMENA QUEZADA, L., *El sistema europeo de derechos humanos*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁷⁹ Esto corresponde a un enfoque político más que social, el cual se evidencia también en el hecho de ser necesaria la ratificación del CEDH para ingresar al Consejo de Europa, cosa que no se exige de la Carta Social Europea.

¹⁸⁰ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “Ensayo de una teoría general sustantiva de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Javier GARCÍA ROCA Y Pablo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 113-145, p. 120.

¹⁸¹ “El criterio *favor libertatis* implica elegir la interpretación más favorable a los derechos y puede ir de la mano de su interpretación evolutiva si favorecer la libertad exige esa adaptación a las nuevas realidades que acaso el legislador ni siquiera imaginó. La creación de derechos, la ampliación del contenido de los existentes o la extensión del ámbito protegido responden al criterio *favor libertatis* que con frecuencia se materializa en la interpretación evolutiva.” CANOSA USERA, Raúl, “Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema integrado a

acuerdo con las circunstancias de vida actuales. Esto responde precisamente al objetivo primordial del Convenio, que es la protección *efectiva* de unos derechos concretos y reales, no abstractos ni teóricos. Esto obliga a tener que adaptarse a los cambios de la realidad que se regula, la cual –a diferencia de la rigidez de las disposiciones constitucionales e internacionales– es sustancialmente dinámica. Dado que cambiar la realidad para que se ajuste a las normas es ciertamente menos posible, la única manera de hacer coincidir esa realidad con el orden jurídico que la regula es adaptarse a los cambios históricos del presente mediante la interpretación jurídica evolutiva. Esta adaptación persigue que se cumpla la finalidad de la ley, pues lo que se pretende es que las disposiciones rijan de manera efectiva y se amolden a las circunstancias actuales de la sociedad.

Ahora bien, cabe señalar que, según ANAGNOSTOU, el TEDH se ha mostrado particularmente poco receptivo a demandas acerca de modos de vida culturalmente distintos, como las que han elevado miembros de la minoría romaní contra Reino Unido, por ejemplo, asunto que cobra relevancia para efectos de este estudio. Por el contrario, la Corte ha estado más dispuesta a admitir demandas por violaciones a la libertad de expresión, asociación y participación política de minorías. De todos modos, la autora afirma que en general el Tribunal se ha vuelto cada vez más abierto a las demandas de individuos marginados y minorías, aunque los derechos de minorías y de inmigrantes propiamente tal, no están contenidos en el Convenio. De ese modo, a través de su jurisprudencia ha presionado a los Estados a dar justificaciones más convincentes y con mayor evidencia, para restringir los derechos de individuos y minorías.¹⁸²

En general, aunque cabe señalar que el CEDH no menciona algunos derechos que sí están reconocidos en instrumentos universales de derechos humanos –como los derechos culturales y lingüísticos, por ejemplo–, lo cierto es que “una interpretación correcta y generosa del Convenio y de sus Protocolos otorga a las minorías nacionales un grado de protección similar al que se establece en las normas internacionales de ámbito universal.”¹⁸³

b) *Carta Social Europea Revisada*

El vacío que en cierta medida dejó el CEDH en cuanto a la protección de derechos sociales, fue llenado en 1961 con la Carta Social Europea. Ésta reconocía 19 derechos humanos, principalmente en las áreas de empleo y salud, y en su preámbulo señalaba que su disfrute debía garantizarse sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, *proveniencia nacional* u origen social. Tras añadirse otros derechos a través de un protocolo adicional en 1988, en 1996 se adoptó un nuevo texto, con el fin de que reemplace progresivamente el anterior. Éste reproduce, en el artículo E de la Parte V, la norma de no-discriminación, incluyendo motivos de raza y pertenencia a una minoría nacional.

Aquella es la única disposición que menciona a estos colectivos en este tratado, por lo que claramente se trata de un documento que les puede proteger sólo de modo indirecto. De todos modos, aunque el principio de no-discriminación está garantizado ya

uno binario” en Javier GARCÍA ROCA y Pablo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 79-112, p. 91.

¹⁸² ANAGNOSTOU, D., “The Strasbourg Court...”, *op. cit.*, pp. 18-20.

¹⁸³ DEOP MADINABEITIA, X., *La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*, *op. cit.*, p. 436.

en el CEDH, es relevante que se incluya en un acuerdo jurídicamente vinculante, destinado a la protección de derechos sociales a los que aquél no se refería. Esto, considerando que a veces los problemas de algunas minorías nacionales se sitúan más en este ámbito, como se verá es el caso de los romaníes.

En todo caso, la Carta Social es un instrumento que presenta gran flexibilidad para los Estados debido al marcado tono programático que le caracteriza, y principalmente debido a que se les permite escoger, dentro de ciertos límites, las provisiones bajo las que acepta obligarse. Es decir, no deben necesariamente aceptar todas. Así, por ejemplo, deben elegir al menos seis de los nueve artículos de la Parte I del texto, para considerarse obligados por él.

Por último, cabe mencionar que su sistema de control tampoco es coactivo, pues una violación de sus disposiciones no puede ser invocada ante el TEDH. El monitoreo del cumplimiento del tratado por parte de los Estados parte se basa en los informes que éstos envían a un comité de expertos –el Comité Europeo de Derechos Sociales–, que no dicta sentencias vinculantes sino conclusiones y recomendaciones que no son obligatorias.

c) *Carta Europea para las Lenguas Regionales y Minoritarias*

El primer instrumento relevante que firmó el Consejo de Europa para la protección de las minorías lo constituye la Carta Europea para las Lenguas Regionales y Minoritarias de 1992. Como bien indica su nombre, su principal objetivo es bastante específico: la promoción de las lenguas minoritarias y la diversidad lingüística. Por ende, no garantiza desde una perspectiva más holística los derechos de minorías generales de quienes hablan estos idiomas. Por eso, es sólo de forma indirecta que puede considerarse como un instrumento jurídico protector de las propias minorías lingüísticas; la palabra *derecho* apenas aparece en el texto de la Carta.¹⁸⁴

Su vocación práctica lleva a que en el texto no se formulen principios generales sino principalmente medidas en ámbitos específicos del uso de las lenguas (educación, administración de justicia, administraciones públicas, vida social y cultural, relaciones transfronterizas y medios de comunicación social).

De sus disposiciones cabe destacar el artículo 12, que invita a los Estados a tomar medidas para promover la cultura, el lenguaje y la historia de los grupos minoritarios, activar cursos de capacitación para los profesores y fomentar la publicación de libros de texto en idiomas minoritarios. El artículo 14, además, requiere a los Estados miembros a tomar medidas para asegurar que la enseñanza sea en idiomas minoritarios en áreas habitadas por estos grupos. Finalmente, el artículo 8 (que firmaron Austria, Alemania, Hungría, Polonia y Eslovaquia), da mayor énfasis a la educación escolar en lengua materna, desde la educación preescolar hasta la universidad.¹⁸⁵

A juicio de RUIZ VIEYTEZ, el sistema de protección que ofrece este instrumento es uno “a la carta”, debido a la gran flexibilidad que da a la forma de proteger las lenguas en distintos Estados, por la variedad de situaciones en que pueden estar los idiomas no oficiales.¹⁸⁶

¹⁸⁴ RUIZ VIEYTEZ, Eduardo, *Minorías, Inmigración y Democracia en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 419.

¹⁸⁵ CONSEJO DE EUROPA, Carta Europea para las Lenguas Regionales y Minoritarias, 5 de noviembre de 1992.

¹⁸⁶ RUIZ VIEYTEZ, E., *Minorías, Inmigración y Democracia en Europa*, op. cit., pp. 419-426.

El mecanismo de control que prevé la CELRM se basa en informes que los Estados deben presentar al Secretario General del Consejo de Europa, aunque también se pueden hacer visitas a los países, cosa que en la práctica se ha transformado en una fase más del procedimiento. Cabe recordar que las conclusiones y recomendaciones que haga el Comité de Ministros al respecto no son jurídicamente vinculantes y que no hay sistema sancionatorio, por lo que se trata de un modelo bastante débil en cuanto a la protección de derechos que puedan brindar a las minorías. De todos modos, al crear ciertas obligaciones para los Estados contratantes, la Carta viene a alumbrar derechos exigibles por la comunidad y en particular por los miembros de las comunidades lingüísticas beneficiadas.¹⁸⁷

d) *Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales*

En un principio se pensó en añadir un Protocolo al CEDH que se dedicara a los derechos de las minorías nacionales, pero finalmente el Consejo de Europa decidió adoptar un Convenio Marco de provisiones programáticas al respecto, lo que reflejaba el desarrollo que se daba entonces en otras áreas como el derecho del medio ambiente. De haberse firmado dicho protocolo, los derechos de minorías habrían sido establecidos directamente como parte del sistema de protección de derechos humanos europeo, siendo cubiertos por el TEDH. Por eso, autores como WELLER se preguntan si acaso los pueblos de Europa estaban exigiendo un *Rolax* pero recibieron una imitación de un *Swatch* a cambio, y si el CMPMN se diseñó para disfrazar la real inexistencia de los derechos de minorías.¹⁸⁸

Lo anterior ha generado ciertas críticas hacia el Convenio que se mencionarán más adelante. No obstante, cabe señalar que, sumando este instrumento a los anteriores, lo cierto es que el Consejo de Europa fue de a poco “asumiendo con mayor protagonismo la cuestión de las minorías *como elemento central y propio* del devenir de la Organización.”¹⁸⁹

Así, firmado en 1995, el CMPMN es el primer y único instrumento multilateral jurídicamente vinculante dedicado específicamente a la protección de minorías nacionales en la arena internacional, superando lo realizado por Naciones Unidas y la OSCE. Por tanto, es más amplio que la CELRM, pues considera todo el espectro de los derechos de las minorías, básicamente en tres niveles: libre elección de pertenencia a una minoría nacional (artículo 3), prohibición de discriminación hacia personas pertenecientes a minorías (artículo 4) y ciertas medidas específicas para la protección de minorías (artículo 5). Se basa en el reconocimiento de derechos individuales, aunque algunas disposiciones pueden aplicarse a colectividades. Fuera de esto, cabe destacar que es un tratado que está abierto a Estados que no pertenezcan al Consejo de Europa.

De acuerdo con GÁL, los principales asuntos que trata el Convenio pueden dividirse en cinco áreas: i) no-discriminación, protección de la identidad cultural, lingüística y religiosa de los individuos pertenecientes a minorías nacionales (disposiciones menos problemáticas que se encuentran en los arts. 4, 5 y 6); ii) derechos lingüísticos y uso del idioma en público y privado, educación y medios (cuestiones más

¹⁸⁷ RUIZ VIEYTEZ, E., *Minorías, Inmigración y Democracia en Europa*, op. cit., p. 426.

¹⁸⁸ WELLER, Marc, *The rights of minorities. A commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 610.

¹⁸⁹ DÍAZ BARRADO, C., *La protección de las minorías nacionales por el Consejo de Europa*, op. cit., p. 23.

problemáticas, arts. 10 y 11); iii) derechos educacionales (asunto clave, muy relacionado con los derechos lingüísticos, arts. 12 y 13); iv) representación y participación efectiva (muy importante para las minorías, artículo 15), y v) cooperación transfronteriza (relevante sobre todo para comunidades que viven en sectores fronterizos, artículo 18).¹⁹⁰

Según GILBERT, varios de los artículos del Convenio son simplemente cláusulas de no-discriminación; además, dado que bajo el artículo 25 del CEDH un grupo tiene *locus standi* para presentar una demanda y que el artículo 14 del mismo instrumento prohíbe la discriminación en el disfrute de los derechos establecidos en él, puede decirse que algunos de los artículos del CMPMN son redundantes.¹⁹¹

Los derechos que el instrumento reconoce, por otro lado, son derechos individuales y no colectivos, cosa relevante en la protección de las minorías nacionales.

La aplicación nacional de las normas del CMPMN es supervisada por un mecanismo basado en reportes periódicos de los Estados parte al Secretario General del Comité de Ministros, el cual es asistido por un Comité Consultivo compuesto por expertos en el tema. No se establece ningún espacio donde puedan los individuos pertenecientes a minorías u organizaciones representativas de ellos, presentar reclamaciones ante algún órgano del Consejo de Europa o simplemente informes con respecto a la aplicación del Convenio. Los Estados, por ende, son los que se controlan a sí mismos en cuanto a la protección que ofrecen a sus minorías. Esto cuestiona la efectividad del instrumento, que sólo depende de la legislación nacional y las políticas gubernamentales que son controladas en base a informes realizados por esos mismos gobiernos.¹⁹² En este sentido, el Convenio no es directamente aplicable, pues no pretende ser incorporado ni transformado directamente en Derecho nacional.¹⁹³

Cabe destacar que el órgano encargado de la ejecución del Convenio es un cuerpo político –aunque asesorado por expertos–, no por un cuerpo judicial o cuasi judicial. Por lo mismo, revisado el informe, el Comité de Ministros elabora unas conclusiones que pueden ir acompañadas de recomendaciones, pero que no son jurídicamente vinculantes; no existe un sistema sancionatorio, aunque todas las recomendaciones son públicas. De esa manera, el CMPMN crea obligaciones legalmente vinculantes para los Estados, pero no establece un mecanismo supranacional de aplicación.¹⁹⁴ El instrumento no prevé ninguna acción por parte del Comité de Ministros en caso de no haber adecuación de las medidas legislativas adoptadas por el Estado parte respecto de los principios establecidos en el Convenio; hay quienes sostienen que en esto precisamente radica la debilidad del mismo.¹⁹⁵

Lo anterior es significativo si consideramos, junto con PENTASSUGLIA, que la clave para hacer del Convenio un instrumento realmente fructífero, está en un control

¹⁹⁰ GÁL, Kinga, “The Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities and its impact on Central and Eastern Europe”, *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, nº 1/2000, p. 4.

¹⁹¹ GILBERT, Geoff, “The Council of Europe and minority rights”, *Human Rights Quarterly* vol. 18, 1996, pp. 160-189, p. 180.

¹⁹² GILBERT, G., “The Council of Europe and minority rights”, *op. cit.*, p. 188.

¹⁹³ WELLER, M., *The rights of minorities...*, *op. cit.*, p. 634.

¹⁹⁴ GILBERT, G., “The Council of Europe and minority rights”, *op. cit.*, p. 174.

¹⁹⁵ BAUTISTA JIMÉNEZ, Juan Manuel, “El Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales: construyendo un sistema europeo de protección de las minorías”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. XXII, nº 3, 1995, pp. 939-960.

satisfactorio de su puesta en práctica.¹⁹⁶ De todas formas, el autor considera que el mismo carácter programático del instrumento justifica que se haya escogido un mecanismo no judicial de control, en el cual debe darse gran protagonismo al Comité Consultivo que asesora al Comité de Ministros.

PETSCHEN VERDAGUER afirma que lo que el Convenio pretende establecer es precisamente lo que la situación de las minorías de Europa requiere, por ser tan variada: una doctrina que se sitúe por encima de los Estados. Sin embargo, plantea que al ser siempre los Estados los que crean el derecho, lo hacen dándole las características y limitaciones que en primer lugar se ajusten a sus intereses, sin importarles realmente mejorar la situación de sus minorías nacionales de acuerdo con lo que hagan los demás países europeos. Así se entiende que en el CMPMN se encuentren formulaciones ambiguas, requerimientos no muy claros, cláusulas escapatorias, y que falten ciertas definiciones que quedan a criterio de los mismos Estados, incluso la de “minoría nacional” (aunque ciertamente se mencionan las características de la misma varias veces, especialmente la identidad étnica, cultural, lingüística o religiosa). A la vez, muchas veces está ausente el mecanismo de la obligatoriedad, y en general puede apreciarse que los Estados mantienen un margen de apreciación bastante amplio: se les obliga en cuanto al resultado, pero pueden adoptar las medidas políticas o legislativas que consideren oportunas. De esa manera, el documento presenta un carácter marcadamente programático, estableciendo principalmente principios y obligaciones bastante generales a los Estados –que requieren de un desarrollo normativo posterior–, más que reglas detalladas y derechos de minorías propiamente tal, que puedan ser invocados por personas pertenecientes a ellas.¹⁹⁷ Esto se debe al interés de atraer al máximo número posible de Estados a la firma del Convenio, por lo que se les dio una flexibilidad bastante amplia.¹⁹⁸ También se debe –al menos así se justificó en su momento– a que la situación de las minorías varía bastante entre los distintos Estados, por lo que las soluciones a sus problemas deben ser diseñadas a medida de cada uno.¹⁹⁹

Por todo lo anterior puede hablarse del CMPMN como un “débil primer intento”²⁰⁰, un “tímido instrumento jurídico protector”, que deja un alto margen de maniobra a los Estados signatarios; tiene gran importancia simbólica, pero en realidad la protección que los Estados ofrecen a sus minorías nacionales deriva en mayor medida de la propia convicción política o de necesidades de estabilidad interna, más que de las exigencias jurídicas del CMPMN.²⁰¹

ALFREDSSON habla incluso del Convenio como un instrumento decepcionante que se caracteriza por una serie de defectos como los que ya se han mencionado, por lo que plantea que los derechos de las minorías deben incluirse en un protocolo del CEDH en

¹⁹⁶ PENTASSUGLIA, Gaetano, “Monitoring minority rights in Europe: the implementation machinery of the Framework Convention for the Protection of National Minorities – with special reference to the role of the Advisory Committee”, *International Journal on Minority and Group Rights* nº 6, 1998-1999, pp. 417-461, p. 420.

¹⁹⁷ PETSCHEN VERDAGUER, S., “La cuestión de las minorías nacionales...”, *op. cit.*

¹⁹⁸ En general, Björn ARP afirma que “[e]l Derecho de minorías confirma que el Estado sigue constituyendo el centro de poder de la sociedad internacional.” *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, *op. cit.*, pp. 414-415.

¹⁹⁹ WELLER, M., *The rights of minorities...*, *op. cit.*, p. 633.

²⁰⁰ GILBERT, G., “The Council of Europe and minority rights”, *op. cit.*, p. 189.

²⁰¹ RUIZ VIEYTEZ, E., “El Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales”, *op. cit.*

lugar de descansar en el CMPMN, si es que se pretende que los individuos que las integran puedan disfrutar de una dignidad absoluta e igualdad de derechos con la mayoría.²⁰²

STEKETEE responde a ALFREDSSON señalando que el hecho de ser un convenio marco no le quita valor a que sea jurídicamente vinculante, sino que simplemente implica que no plantea soluciones únicas a los problemas de las minorías, debido a que reconoce la amplia variedad de casos que existe al respecto en Europa. El enfoque programático que adopta el instrumento, entonces, lejos de ser una debilidad, constituye el camino más lógico a seguir según el autor.²⁰³

Otra visión más positiva del CMPMN es la que entrega CRAIG, para quien el instrumento no es tan débil y poco efectivo sino que incluso juega un rol clave en la promoción de políticas multiculturales liberales que reconocen los intereses legítimos de las minorías en su identidad y cultura sin que se comprometa con ello la libertad individual, igualdad de oportunidades y solidaridad social. Su importancia legal, según ella, se encuentra en un lugar intermedio entre el *hard* y el *soft law*.²⁰⁴

En fin, quizás hay que coincidir con GÁL y aceptar que el Convenio está lejos de ser totalmente satisfactorio, pero que es el mejor que se podía obtener. De hecho, se refiere a su carácter programático y al amplio margen de apreciación que deja a los Estados para su interpretación –incluyendo la definición misma de “minorías nacionales”–, como algunas de las razones de su éxito, debido al gran número de Estados que lo firmaron probablemente gracias a esto.²⁰⁵ Ahora bien, lo que sí es lamentable es que no se haya logrado en ningún lugar del mundo ni a nivel universal, ningún progreso más allá desde la adopción del CMPMN, en cuanto al establecimiento de estándares vinculantes. En este sentido, WELLER afirma que en Europa la existencia del Convenio ha tenido precisamente el efecto de justificar la oposición de gobiernos a adoptar instrumentos más avanzados en el asunto²⁰⁶, con lo que paradójicamente estaría dificultando el progreso en la protección de las minorías nacionales.

No obstante lo anterior, el mismo WELLER reconoce que, a pesar de la generalidad con que el Convenio está redactado, ciertamente hay varias obligaciones de los Estados que están escritas de un modo suficientemente preciso como para facilitar su puesta en práctica, y que las provisiones más amplias han cobrado significado más concreto a través del Comité Consultivo en su diálogo con los gobiernos. En cuanto a esto último, el autor afirma que los Estados tratan al CMPMN como un acuerdo legal serio y hacen sus reportes de manera seria también. El trabajo del Comité Consultivo ha sido clave en esto, logrando acceder a un amplio rango de información, realizando visitas a Estados y llevando un seguimiento importante de actividades y otras medidas en relación con las minorías nacionales. De ese modo, el Convenio representa un aporte muy relevante en la protección de minorías, transformando el *soft law* de la Declaración de Naciones Unidas

²⁰² ALFREDSSON, Gudmundur, “A frame an incomplete painting: comparison of the Framework Convention for the Protection of National Minorities with international standards and monitoring procedures”, *International Journal on Minority and Group Rights*, nº 7, 2000, pp. 291-304.

²⁰³ STEKETEE, Frank, “The Framework Convention: a piece of art or a tool for action?”, *International Journal on Minority and Group Rights*, nº 8, 2001, pp. 1-15.

²⁰⁴ CRAIG, E., “From Security to Justice?...”, *op. cit.*

²⁰⁵ GÁL, K., “The Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities...”, *op. cit.*

²⁰⁶ WELLER, M., *The rights of minorities...*, *op. cit.*, p. 614.

sobre Derechos de Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992, en *hard law* relacionado con el Consejo de Europa.²⁰⁷

En cuanto a la labor que ha cumplido el Comité Consultivo, es necesario señalar que de todas formas se ha encontrado con algunas dificultades que presenta el mismo contenido del texto del CMPMN. Así, por ejemplo, ha sucedido con la restrictiva interpretación que han dado los Estados miembros al concepto de “minoría nacional”, ante la ausencia de una definición del mismo en el Convenio. En general, se identifica a estos grupos con las “minorías históricas”, pero hay también casos más excluyentes como el de Francia, que niega la existencia de minorías nacionales dentro de sus fronteras. Frente a esta situación, el Comité Consultivo se ha orientado hacia una visión realista del asunto, interpretando el texto del CMPMN de acuerdo con las circunstancias concretas que se presenten en cada Estado. Asimismo, ha apoyado la posición del Reino Unido para adoptar un enfoque en casos donde no haya una definición legal de “minoría”; esto es, entenderla como grupo étnico o racial, a partir del color, la raza, el origen étnico o aun el nacional de sus miembros.²⁰⁸

De todas formas, la interpretación realista del Comité Consultivo ha implicado un análisis caso por caso y artículo por artículo, que así ha incorporado a comunidades culturales e históricas que requieren protección de sus derechos, incluso a grupos de inmigrantes, por ejemplo. De esta manera, ha dejado claro que el margen de apreciación de los Estados no permite ignorar la existencia de minorías que efectivamente habiten su territorio, defendiendo a la vez la propia competencia objetiva del Comité de reconocer minorías nacionales donde supuestamente no las hay. Ejemplos de esto lo constituyen las posturas que el Comité ha adoptado con respecto a Hungría, Malta y San Marino. En el primer caso, el Estado sólo reconoce como minorías nacionales a las minorías históricas, ante lo cual el Comité opina que deberían incluirse también otros grupos, como los inmigrantes.²⁰⁹ Con respecto a la afirmación del gobierno maltés acerca de que no hay minorías en su territorio, el órgano recomienda que las autoridades provean mayor información con respecto a la composición de su población, incluyendo la situación fáctica y legal de grupos religiosos y extranjeros residentes en Malta.²¹⁰ Lo mismo ocurre con San Marino, en cuya opinión menciona también la importancia de considerar el fenómeno de la inmigración en este Estado.²¹¹

Dejando de lado el CMPMN, no hay que olvidar que otra fuente de protección de las minorías nacionales radica en las recomendaciones que el Consejo de Europa ha dirigido a sus Estados miembros, a las autoridades locales y regionales, al Comité de Ministros y a otras instancias de la organización, las cuales también forman parte del cuerpo doctrinal de la misma. En este sentido, es muy relevante la Recomendación 1201 de 1993, relativa a un protocolo adicional al CEDH sobre los derechos de las minorías²¹²:

²⁰⁷ WELLER, M., *The rights of minorities...*, *op. cit.*, pp. 634-637.

²⁰⁸ RELAÑO PASTOR, Eugenia, “Una valoración del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa en su quinto aniversario”, *Migraciones*, nº 17, 2005, pp. 185-214, p. 197.

²⁰⁹ Comité Consultivo CMPMN, Opinión sobre Hungría, 22 de septiembre de 2000, ACFC/INF/OP/I(2001)004, p. 5.

²¹⁰ Comité Consultivo CMPMN, Opinión sobre Malta, 30 de noviembre de 2000, ACFC/INF/OP/I(2001)006.

²¹¹ Comité Consultivo CMPMN, Opinión sobre San Marino, 30 de noviembre de 2000, ACFC/INF/OP/I(2001)007.

²¹² ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 1201, de 1 de febrero de 1993, Protocolo adicional sobre los derechos de las minorías al CEDH.

aunque en principio se trató de una propuesta al Comité de Ministros, actualmente el respeto a los principios que aparecen en este documento constituye una condición para el acceso de nuevos Estados al Consejo de Europa. Además hay numerosas recomendaciones del Comité de Ministros, de la Asamblea Parlamentaria y de la Conferencia de Poderes Locales y Regionales en las que pueden encontrarse ciertos aspectos desarrollados de manera general. Por otro lado –y sobre todo para efectos de esta investigación–, también deben rescatarse una serie de documentos de los mismos órganos acerca de la protección de la minoría romaní, a la cual la organización dedica especial atención debido a su situación especialmente desfavorecida.

Finalmente, cabe señalar que el Consejo de Europa, además de contribuir con su cuerpo doctrinal a la protección de minorías nacionales, lleva a cabo una acción práctica muy significativa con tendencia a lograr la aplicación efectiva de sus principios a través de dos vías fundamentales: la promoción de cambios en las leyes y políticas de sus Estados miembros, y la mejora de la situación de las minorías nacionales.

En cuanto al primer aspecto, son destacables los informes de expertos sobre proyectos de ley o políticas acerca de la protección de minorías, aunque siempre realizados a petición o con el consentimiento de los Estados concernidos. También deben mencionarse los informes “país por país” que realiza la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia; la organización de seminarios; el examen de la legislación, los proyectos de ley y la práctica de los Estados candidatos al ingreso al Consejo de Europa, en relación con la protección de minorías; el mecanismo parlamentario de seguimiento de los compromisos asumidos por los nuevos Estados miembros y en general de los deberes de todos los Estados miembros con respecto a la protección de minorías nacionales, y las visitas de estudio y asesoría de expertos designados por el Consejo de Europa.

La labor del Consejo de Europa en el progreso de las condiciones en que viven las minorías nacionales, por otro lado, comprende la elaboración de proyectos piloto de diversa índole; la sensibilización y la formación de colectivos con responsabilidades en la situación de las minorías nacionales (profesores, periodistas, líderes políticos, policías, etc.); la organización de cursos de formación para personas pertenecientes a minorías nacionales o que trabajan con ellas, para que puedan hacer uso de los medios que el Consejo de Europa dispone para ellas, y la promoción de la cooperación nacional e internacional entre autoridades locales y regionales de Europa en torno a la integración multicultural de las minorías nacionales. A juicio de DEOP MADINABEITIA, “[a]unque, por lo general, estas actividades suelen tener un impacto directo local y de alcance limitado, estas tareas pueden tener un efecto multiplicador y tener resultados visibles a medio o largo plazo.”²¹³

Naturalmente la organización presenta algunas falencias, y así por ejemplo se ha afirmado que su tratamiento del principio de igualdad es deficiente porque no está garantizado por el control jurisdiccional del TEDH. Asimismo, es lamentable que el derecho de las minorías nacionales a participar en los asuntos públicos no esté desarrollado de manera suficiente, así como la prohibición de destruir el patrimonio cultural de las comunidades o el derecho de toda persona a beneficiarse de las actividades culturales de la comunidad a la que pertenece. Finalmente, puede criticarse el que la protección de las minorías nacionales no aparezca entre los temas seleccionados en el

²¹³ DEOP MADINABEITIA, X., *La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*, op. cit., p. 447.

mecanismo de control de las obligaciones de los Estados del Comité de Ministros, a diferencia del de la Asamblea Parlamentaria.²¹⁴

No obstante lo anterior, puede decirse que en general el Consejo de Europa ha diseñado un sistema de protección de minorías nacionales bastante satisfactorio, por cuanto presenta un cuerpo doctrinal suficiente para proteger su identidad cultural, establece la protección de minorías nacionales como requisito para el acceso a y la permanencia en la organización, y dispone de una estructura orgánica adecuada para responder a las necesidades de las minorías nacionales (órgano judicial, órganos de control político, instancias encargadas especialmente de las minorías nacionales, etc.). Además, ha dado status consultivo a algunas organizaciones no gubernamentales representantes de las minorías nacionales, y las que no lo tienen pueden igualmente participar en las reuniones de los grupos de expertos sobre el tema. Por último, ha desarrollado actividades eficaces en el control del cumplimiento de las obligaciones de los Estados en cuanto a la situación de las minorías nacionales.

4.2.3 ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y COOPERACIÓN EN EUROPA

La OSCE fue la organización que elaboró los primeros documentos que mencionaron a las minorías nacionales, aunque siempre desde el enfoque de la seguridad: lo que pretendía la entidad era solucionar o evitar conflictos, por lo que su trabajo tenía una orientación esencialmente pragmática. A raíz de eso es que sus instrumentos carecen de fundamentación jurídica y son más bien políticos, sin que de ellos deriven obligaciones legales: la obligatoriedad que de ellos nace tiene fuerza en cuanto es una obligatoriedad moral. Se trata principalmente, entonces, de instrumentos *soft law* que no son jurídicamente vinculantes. Ahora bien, no por ello hay que restarles importancia. De hecho hay quienes afirman que en términos prácticos pueden tener incluso mayor impacto: según ARP, por ejemplo, “[u]na comparación entre los mecanismos jurídicos y los diplomáticos permite afirmar que los primeros no son más eficaces que los mecanismos clásicos de la diplomacia. Es más, son, principalmente, estos medios tradicionales de la diplomacia relacional los que han permitido avanzar en la protección de las minorías.”²¹⁵

Dentro de los principales instrumentos que ha elaborado la OSCE puede mencionarse, en primer lugar, el Documento Final de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de 1990²¹⁶, cuya cuarta parte está dedicada precisamente a la protección de minorías nacionales. El enfoque puesto en la seguridad queda manifiesto en el artículo 30, donde se afirma que “el respeto de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales como parte de los derechos humanos universalmente reconocidos, es un factor esencial para la paz, la justicia, la estabilidad y la democracia en los Estados participantes.”

En general, el documento reafirma el principio de no-discriminación en el ejercicio de los derechos humanos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, declara que la pertenencia a una minoría es una opción individual y que quienes sean parte de una tienen derechos tales como el derecho de expresión y a desarrollar su identidad

²¹⁴ DEOP MADINABEITIA, X., *La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*, op. cit., p. 449.

²¹⁵ ARP, B., *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, op. cit., p. 411.

²¹⁶ CSCE, Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana, 29 de junio de 1990.

étnica, a no ser asimilados contra su voluntad, a utilizar su lengua en público y privado, a mantener sus propias instituciones, a practicar su religión y a mantener contactos entre ellos y a través de fronteras, entre otros.

Además, ordena a los Estados participantes a proteger la identidad cultural de sus minorías nacionales y a crear las condiciones para su promoción, así como a hacer lo posible para garantizar a las minorías nacionales su educación en su lengua materna, el uso de ella ante las autoridades públicas y la consideración de su historia y cultura en los establecimientos educativos (artículo 34).

Por otro lado, el artículo 35 se refiere al derecho que tienen los individuos pertenecientes a minorías nacionales a la participación efectiva en los asuntos públicos.

Finalmente, cabe destacar el artículo 40 del instrumento, donde se condena el totalitarismo, el odio racial y étnico, el antisemitismo, la xenofobia, la discriminación y la persecución religiosa e ideológica, fenómenos para cuyo combate declaran tomar medidas efectivas. Resulta interesante para esta investigación, que en este punto se recuerden en particular los problemas de los romaníes.

Otro documento de la OSCE que merece atención para el asunto de las minorías nacionales es el de las Decisiones de Helsinki de 1992, a través del cual se crea el Alto Comisionado para las Minorías Nacionales, que constituye un instrumento de prevención de conflictos (relacionados con las minorías nacionales, claro) en la fase más temprana posible. De acuerdo con el mandato (punto 3),

“El Alto Comisionado facilitará ‘pronta alerta’ y, cuando proceda, ‘pronta acción’ en la fase más temprana que sea posible en lo que respecta a las tensiones que conciernen a cuestiones de minorías nacionales que no hayan pasado todavía de la fase de pronta alerta pero que, a juicio del Alto Comisionado, puedan provocar un conflicto dentro de la zona de la CSCE que afecte a la paz, a la estabilidad o a las relaciones entre Estados participantes, que requiera la atención del Consejo o del CAF [Comité de Altos Funcionarios] la adopción de medidas.”²¹⁷

Su función, entonces, no se trata de reparación sino de diplomacia estrictamente preventiva. Además, los conflictos que debe prevenir son entre Estados partes, no problemas internos que pueda tener un Estado determinado con alguna minoría que resida en su territorio. Esto muestra claramente que el ACMN es sobre todo un instrumento de seguridad, más que otro vehículo a través del cual puedan dirigirse violaciones de derechos humanos.²¹⁸

El ACMN se dedica a recoger información acerca de asuntos de minorías, valorar la naturaleza de las tensiones, visitar los países participantes y, con información de primera mano de todas las partes involucradas, discutir los asuntos con las partes y promover el diálogo, la confianza y la cooperación entre ellos. Se trata de un actor dentro del proceso OSCE, que es independiente de la voluntad política de los gobiernos.

Dentro de los documentos que ha elaborado el ACMN deben destacarse las Recomendaciones de La Haya que realizó en 1996 sobre los derechos educativos de las minorías nacionales, las de Oslo respecto a los derechos lingüísticos de las minorías

²¹⁷ CSCE, Documento de Helsinki “El desafío del cambio”, de 10 de julio de 1992, Declaración de la Cumbre de Helsinki.

²¹⁸ WRIGHT, Jane, “The OSCE and the protection of minority rights”, *Human Rights Quarterly* vol. 18, 1996, pp. 190-205, p. 200.

nacionales (1998), las de Lund sobre la participación efectiva de las minorías nacionales (1999), las Directrices sobre el uso de idiomas minoritarios en radio y televisión del año 2003, y las Recomendaciones que el 2006 hizo acerca de la vigilancia policial en sociedades multiétnicas. Según BOWRING, estos instrumentos establecen de hecho un conjunto de derechos grupales en las áreas relevantes bajo consideración.²¹⁹

Ahora bien, a pesar de todos estos documentos y las normativas que se han desarrollado en Europa para la protección de las minorías nacionales, KYMLICKA afirma que una vez que las organizaciones europeas “se aplicaron a este valiente empeño, se acobardaron. Realmente, las nuevas normas desarrolladas por el Consejo de Europa y la OSCE no afrontan los desafíos planteados específicamente por las minorías nacionales.” El autor plantea que, aunque el CMPMN y las Recomendaciones de la OSCE van más allá de lo que establece el artículo 27 del PIDCP e incluyen algunos modestos derechos positivos (como la financiación pública de escuelas públicas minoritarias, el uso del apellido en lengua propia y la redacción de documentos dirigidos a poderes públicos en lengua propia), lo cierto es que “siguen siendo versiones del concepto «derecho a disfrutar de la cultura propia».”²²⁰ No se consideran, por lo tanto, las características y aspiraciones que distinguen a las minorías nacionales, como su conciencia nacional o sus demandas territoriales, por ejemplo. El problema es que estos grupos no sólo persiguen el derecho individual de sus miembros a llevar a cabo sus prácticas culturales, sino muchas veces también su derecho a autogobernarse en su territorio nacional. Además, ni el CMPMN ni las Recomendaciones de la OSCE tratan las principales cuestiones en juego en los conflictos étnicos post-comunistas, que tienen que ver con demandas relacionadas con el territorio y el autogobierno, o dar oficialidad a un idioma.

Entonces, para KYMLICKA el marco de normas resulta ineficiente y conceptualmente inestable. En primer lugar, es políticamente ineficaz porque los instrumentos no solucionan los problemas a los que se dirigían (se crearon originalmente para afrontar los conflictos étnicos violentos en la Europa postcomunista, que no tienen que ver con el derecho a disfrutar de la cultura propia). Por otro lado, es conceptualmente inestable porque los derechos codificados no se basan en la presencia histórica del grupo en una zona o en su concentración territorial, lo que implica que eventualmente pueda aplicarse a los grupos inmigrantes. Éstos también necesitan protección, pero una redefinición de la categoría “minorías nacionales” haría aun menos probable que estas normas se desarrollaran afrontando las demandas diferenciadas de las minorías históricas o territoriales.²²¹

De acuerdo con el autor, el sistema normativo creado por el CMPMN y la OSCE podría funcionar bien en países étnicamente homogéneos, que tengan una mayoría del 90-95% de la población y grupos étnicos restantes pequeños, dispersos y en vías de asimilación, incapaces de liderar una autonomía regional o sostener un nivel alto de plenitud institucional. En estos casos, los instrumentos europeos permitirían a estas minorías pequeñas negociar su integración con cierto grado de dignidad y seguridad. Sin embargo, los conflictos más graves que tienen relación con minorías nacionales en Europa

²¹⁹ BOWRING, Bill, “European minority protection: the past and the future of a ‘major historical achievement’”, *International Journal on Minority and Group Rights* vol. 15, 2008, pp. 413-425, p. 425.

²²⁰ KYMLICKA, W., “La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías...”, *op. cit.*, p. 20.

²²¹ KYMLICKA, W., “La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías...”, *op. cit.*, p. 21.

no son precisamente con estas minorías, sino principalmente con grupos capaces de ejercer el autogobierno y sostener sus instituciones públicas propias que, por ende, luchan con el Estado por el control de las instituciones públicas. Para estos casos, las normas del CMPMN y de la OSCE son casi irrelevantes.

CAPÍTULO 2

LA MINORÍA ROMANÍ EN EUROPA
Y LOS GITANOS EN ESPAÑA

1. La Minoría Romaní en Europa

1.2 Introducción

Aunque, como se verá más adelante, constituyen un grupo con muchas particularidades en comparación con otros²²², en la literatura especializada “no parece que haya dudas a la hora de calificar a los romaníes como una minoría”²²³. De hecho, en general los propios Estados los reconocen de esa manera en el contexto de los mecanismos de control de los diversos instrumentos de los que son parte.²²⁴ La protección de sus derechos, por tanto, bien corresponde analizarla dentro del Derecho de minorías.

Se estima que entre 10 y 12 millones de romaníes viven en Europa²²⁵, y aunque su tasa de natalidad ha comenzado a disminuir –hay 82,7 niños romaníes menores de 5 años por cada cien niños entre 5 y 9 años– el reemplazo de su población está garantizado por los próximos veinte años.²²⁶

La mayoría de ellos vive en severas condiciones de pobreza y marginación. De acuerdo con la Segunda Encuesta sobre Minorías y Discriminación en la Unión Europea (en adelante, EU-MIDIS II) que el 2015 llevó a cabo la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, FRA, por su nombre en inglés), el 80%

²²² Por ejemplo, no están asentados en un territorio determinado sino repartidos en casi todos los Estados de Europa, generalmente sin constituir tampoco una mayoría dentro de una región en particular en cada Estado.

²²³ FERRER LLORET, J., “La protección internacional de la minoría romaní (gitanos) en Europa”, *op. cit.*, p. 167.

²²⁴ El reconocimiento legal oficial del estatus de los romaníes como minoría nacional es algo que de todos modos no se da de manera uniforme en Europa, y el fenómeno se analizará con mayor detalle más adelante en este mismo capítulo.

²²⁵ ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, “The situation of Roma in Europe and relevant activities of the Council of Europe”, AS/Jur (2008) 29rev, 3 de septiembre de 2008, p. 2. Debe precisarse, de todos modos, que “[l]os censos relativos a Gitanos e Itinerantes siempre han proporcionado resultados aleatorios. En el mejor de los casos, las distintas cifras oficiales se limitan a proporcionar una magnitud numérica” y “las estadísticas no proporcionan más que una ilusoria precisión”, pues los criterios con los que se define qué es ser gitano se determinan políticamente, sin que necesariamente se les dé una definición exacta. Además, la mayoría de los gitanos prefieren no declararse como tales, debido a la persecución de la que han sido durante siglos. LIÉGEOIS, Jean-Pierre. *Tsiganes et voyageurs*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1985. Se consultó la traducción al castellano de la Editorial Presencia Gitana (*Asidiajú Callí*) titulada *Gitanos e itinerantes*, publicada en Madrid en 1987, p. 37. Pueden consultarse ejemplos de esto en las páginas 38 y 39 del citado libro.

²²⁶ FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO (FSG), Nuria SERRANO RODRÍGUEZ y Nuria RODRÍGUEZ DERECHO (cords.), *Health and the Roma community, analysis of the situation in Europe*, FSG, Madrid, 2009, p. 69. Estas cifras se obtuvieron de entrevistas a romaníes de Bulgaria, República Checa, Grecia, Portugal, Rumania, Eslovaquia y España. Se entrevistó a 7.604 personas de diversas edades, entre los años 2006 y 2008.

de ellos vive bajo el umbral de riesgo de pobreza de sus respectivos países.²²⁷ En la primera encuesta que hizo esta agencia el 2008, esta cifra alcanzaba el 90%, por lo que no aprecia gran avance al respecto en los siete años que corrieron entre una y otra.²²⁸ Hay diferencias significativas en la proporción de romaníes y no romaníes viviendo en riesgo de pobreza, según los ingresos señalados por los encuestados.²²⁹ Según los datos publicados por la FRA y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (en adelante, PNUD) el 2012, en todos los Estados estudiados al menos un 80% de los romaníes encuestados están en riesgo de pobreza, con los mayores indicadores en Portugal, Italia y Francia. Las diferencias entre romaníes y no romaníes se acentúan más en Francia e Italia, donde la proporción de los primeros en riesgo de pobreza es más del doble de la de los segundos. En Europa del Este, por otro lado, el Banco Mundial asegura que al menos un 71% de las familias romaníes viven en extrema pobreza.²³⁰

En cuanto a servicios específicos a los que pueden acceder, un tercio de ellos habita viviendas sin agua potable y un 10% sin electricidad. Un 25% de los romaníes en general y un tercio de niños romaníes viven en hogares que han sufrido hambre al menos una vez en el mes que precedió a la encuesta. El estudio también destaca las particularidades de la pobreza y la exclusión social que experimentan mujeres y niños. Los datos de la FRA muestran que, dentro de los romaníes en riesgo de pobreza, 42% son

²²⁷ Esta encuesta recolectó información sobre casi 34.000 personas de familias romaníes en nueve Estados miembro de la UE: Bulgaria, República Checa, Grecia, Hungría, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia y España. Fue la tercera vez que la agencia recabó información sobre la situación de los derechos humanos de los romaníes, la cual es representativa de romaníes en unidades geográficas o administrativas con una densidad de población superior al 10%. Sus resultados están disponibles en FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación. La población romaní: resultados principales*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2016. Este informe tiene los datos que la encuesta recabó específicamente sobre los romaníes, y está disponible en la página web del organismo en <http://fra.europa.eu/en/publication/2016/eumidis-ii-roma-selected-findings> [última visita: 27 de octubre de 2017]. Además, los resultados más relevantes de la encuesta en general están sintetizados y analizados en el Informe de Derechos Fundamentales del 2017 de la agencia: FRA, *Fundamental Rights Report 2017*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2017, disponible en su sitio web en <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/fundamental-rights-report-2017> [última visita: 27 de octubre de 2017].

²²⁸ FRA y PNUD, *The situation of Roma in 11 EU Member States. Survey results at a glance*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2012, p. 12. En este estudio se presentan los primeros resultados de la primera encuesta de la FRA –que incluyó Bulgaria, República Checa, Francia, Grecia, Italia, Hungría, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia y España–, y la encuesta regional del PNUD, el Banco Mundial y la Comisión Europea, que cubrió cinco de ellos (Bulgaria, República Checa, Hungría, Rumania y Eslovaquia) y además seis países que no son miembros de la UE en los Balcanes occidentales y Moldova. En total, las dos encuestas se realizaron sobre 22.203 romaníes y no romaníes (que vivían en los barrios más cercanos a los romaníes entrevistados), dando información acerca de 84.287 habitantes. Sus resultados son representativos de los romaníes que viven en una densidad superior a la nacional; en cuanto a la población no romaní, no son representativos de la mayoría de la población, pero sirven como punto de referencia para los romaníes, pues comparten el mismo ambiente, mercado laboral e infraestructura social.

²²⁹ “Riesgo de pobreza” se refiere a aquellas personas que tienen una renta equivalente bajo el 60% de la renta equivalente media nacional disponible; renta equivalente es una medida de ingreso familiar que considera las diferencias de tamaño y composición de las familias. FRA y PNUD, *The situation of Roma in 11 EU Member States...*, op. cit., p. 25.

²³⁰ Banco Mundial, “Brief: Roma”, 24 de febrero de 2015, www.worldbank.org/en/region/eca/brief/roma [última visita: 27 de octubre de 2017].

niños menores de 18 años, mientras para los no-romaníes esto se da a casi la mitad (22%).²³¹

Uno de los principales problemas de los romaníes es la vivienda: el 3.6% de su población vive en barrios de chabolas, y cerca del 27% en otros tipos de vivienda de baja calidad.²³² Dentro de este ámbito, es preocupante la falta de acceso a mejores condiciones de aseo personal: un 46% no tienen inodoro, ducha o cuarto baño dentro de la vivienda, por ejemplo.²³³ Además, viven con altas tasas de hacinamiento²³⁴ —especialmente tras su reubicación por desalojos forzados—, lo que se vincula con diversos problemas de salud y aumenta el riesgo de incendios y accidentes domésticos.²³⁵

Precisamente en cuanto a salud, cabe mencionar que el 60% de los 31 países considerados en el informe que la Comisión Europea publicó el 2014 acerca de la salud en los romaníes, estiman o evidencian peores condiciones de salud en la población romaní que en la no romaní.²³⁶ En términos más específicos, un tercio de los romaníes entre 35 y 54 años han tenido problemas de salud que limitan sus actividades diarias. Aproximadamente el 20% de los romaníes no tienen cobertura médica o no saben si la tienen²³⁷, y el 66% dijo que no pueden pagar medicamentos, en comparación con el 29% de la mayoría de la población. Las diferencias también se ven en la infancia, pues mientras sólo el 4% de los niños no romaníes no está vacunado, los romaníes alcanzan el 15%.²³⁸ No es de extrañar, entonces, que los romaníes tengan una esperanza de vida mucho más baja que la del resto de la población, llegando a haber desde 5 y hasta 20 años de diferencia.²³⁹ Por esto, la comunidad romaní en general es notablemente más joven que las poblaciones no romaníes en los distintos países europeos: estas últimas tienen una media de 40,2 años, mientras la de los rom es de 25.1 años. La tasa de longevidad (*i.e.*, la

²³¹ FRA, *Fundamental Rights Report 2017*, *op. cit.*, pp. 18 y ss.

²³² FSG, N. SERRANO y N. RODRÍGUEZ (cords.), *Health and the Roma community...*, *op. cit.*, p. 69.

²³³ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, *op. cit.*, pp. 37-38.

²³⁴ El tamaño promedio de las familias romaníes es de 4.49 miembros, dos puntos más que la media de los 27 Estados miembros de la Unión Europea. FSG, N. SERRANO y N. RODRÍGUEZ (cords.), *Health and the Roma community...*, *op. cit.*, p. 69.

²³⁵ EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, "Living conditions of the Roma: substandard housing and health", Eurofound, Dublín, 2012. Disponible en: eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2012/02/en/1/EF1202EN.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017], p. 1.

²³⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Roma health report. Health status of the Roma population. Data collection in the member states of the European Union*, Unión Europea, agosto de 2014, p. 40. Este informe estudió la situación de la salud de los romaníes en 31 países europeos, entre los años 2008 y 2013. En su investigación empírica incluyó entrevistas destinadas a obtener información sobre los siguientes indicadores: i) mortalidad y esperanza de vida; ii) prevalencia de graves enfermedades infecciosas; iii) estilos de vida saludables y comportamientos relacionados; iv) acceso y uso de servicios de salud y programas de prevención; v) prevalencia de enfermedades crónicas graves; vi) factores de salud relacionados con el rol de la mujer en la comunidad romaní, y vii) factores ambientales y socio-económicos.

²³⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Roma health report...*, *op. cit.*, p. 8. El dato se acerca a la información de la FRA, que estima que un 74% de los romaníes encuestados informa estar cubierto por seguro de salud nacional básico y/o un seguro adicional. FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, *op. cit.*, p. 34.

²³⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Roma health report...*, *op. cit.*, p. 8.

²³⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Roma health report...*, *op. cit.*, p. 37. De todos modos, generalmente no hay información precisa disponible acerca de la esperanza de vida de los romaníes, frecuentemente porque las autoridades nacionales no recogen datos sobre salud diferenciando por etnia.

proporción que tiene 75 años y más) es de 51% para la población no romaní en Europa, y sólo de un 25.7% para la población romaní.²⁴⁰

Los niños romaníes también quedan detrás de sus pares no romaníes en todos los indicadores de educación. Para empezar, sólo la mitad de los niños romaníes en el grupo etáreo pertinente asiste a educación infantil (comparado con el objetivo de la Estrategia UE 2020, que es el 95%).²⁴¹ Como resultado, los niños romaníes quedan atrás al matricularse para los niveles subsiguientes de educación. De hecho, cerca de un quinto (18%) de los romaníes entre 6 y 24 años cursan un nivel inferior del que les corresponde por su edad.²⁴² Además, la asistencia a clases es baja y tienen altas tasas de deserción escolar, fenómeno que afecta a los niños romaníes de modo desproporcionado, y es una de las razones clave detrás de sus bajas tasas de rendimiento. En los 27 Estados miembros de la UE, el porcentaje de población mayor de 15 años que sólo ha recibido educación primaria o menos es de un 32,1%, y el 67,9% restante tiene educación secundaria o más. Esta relación se revierte dramáticamente para el caso de la población romaní mayor de 16 años en Europa, cuyo 75,5% ha recibido educación primaria o menos, mientras sólo un 24,5% ha llegado a la educación secundaria o más. Estas cifras hablan por sí solas, evidenciando el altísimo grado de deserción escolar en los romaníes. Así, son más de dos tercios de la población general los que tienen al menos un nivel secundario de educación, lo que sólo sucede en un cuarto de la población romaní.²⁴³

Por otro lado, también la segregación en la educación sigue siendo un problema. Los resultados de la EU-MIDIS II muestran que casi la mitad de los niños entre 6 y 15 años (el 46%) asiste a escuelas donde la mayoría de sus compañeros de clase son romaníes. Los porcentajes más altos se dan en Eslovaquia (62%), Hungría (61%) y Bulgaria (60%).²⁴⁴

Es evidente que una educación deficiente tiene efectos negativos en la participación romaní en el mercado laboral formal, que sigue siendo débil a pesar de los esfuerzos que al respecto han realizado los Estados miembros. Según los resultados de la EU-MIDIS II, por ejemplo, sólo un 25% de los encuestados se considera “empleado” –ya sea trabajando por cuenta propia o por cuenta ajena–, mientras los desempleados alcanzan el 34%.²⁴⁵ Los datos revelan peores resultados para mujeres, pues tienen tasas de empleo más bajas que las de los hombres romaníes: 16% contra 34%. Un 72% de las jóvenes romaníes encuestadas no está empleada, educándose o preparándose profesional o laboralmente, versus un 55% de los jóvenes romaníes.²⁴⁶

No sorprende así, que los niveles de pobreza entre los romaníes sean tan altos. Las bajas tasas de empleo se deben a diversos factores, como una baja calificación, deserción escolar temprana, falta de habilidades y preparación, tasas generales de desempleo, etc. Sin embargo, en el caso de los romaníes, el prejuicio y la discriminación

²⁴⁰ FSG, N. SERRANO y N. RODRÍGUEZ (cords.), *Health and the Roma community...*, op. cit., p. 69.

²⁴¹ FRA, *Fundamental Rights Report 2017*, op. cit., p. 104.

²⁴² FRA, *Fundamental Rights Report 2017*, op. cit., p. 19.

²⁴³ FSG, N. SERRANO y N. RODRÍGUEZ (cords.), *Health and the Roma community...*, op. cit., p. 22. La Fuente que cita este estudio para estos datos es la European Survey on Health and the Roma Community (EDIS S.A.) y la Eurostat 2008.

²⁴⁴ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p. 31.

²⁴⁵ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., pp. 20-21. El resto de la población se divide en “trabajo doméstico” (17%, mayoritariamente mujeres), “jubilado” (12%), “sin trabajo por enfermedad o discapacidad” (4%) y “otra inactividad” –servicio militar, educación, etc.– (8%).

²⁴⁶ FRA, *Fundamental Rights Report 2017*, op. cit., p. 19.

aumenta todos estos asuntos, disminuyendo más aun sus probabilidades de empleo. Según la EU-MIDIS II, al buscar trabajo uno de seis romaníes se sintió discriminado a causa de su origen étnico en los doce meses que precedieron a la encuesta. Esto aumenta al 40% si el periodo se extiende a los cinco años previos a ella. Los romaníes también informaron experimentar discriminación en el trabajo en un 5% en los últimos doce meses, y en un 17% en los últimos cinco años.²⁴⁷

Esta discriminación hacia los romaníes se da en muchos los ámbitos de la vida cotidiana a niveles intolerables, tanto en el empleo como en la educación, el servicio de salud, al relacionarse con organismos administrativos o incluso al entrar a una tienda comercial: según la EU-MIDIS II, el 41% de ellos se sintió discriminado por su origen étnico al menos una vez en una de estas áreas en los últimos cinco años, y el 26% indicó que el último incidente de este tipo sucedió en los últimos 12 meses previos a la encuesta.²⁴⁸ Estos datos corroboran los resultados del Eurobarómetro sobre Discriminación del 2015, cuyos encuestados consideran que el origen étnico es el principal motivo de discriminación en la UE, con un 64%. Este porcentaje aumentó desde el Eurobarómetro del 2012, donde alcanzaba el 56%.²⁴⁹ Concretamente, la EU-MIDIS II muestra que uno de cinco romaníes encuestados dice que alguien hizo comentarios ofensivos o amenazantes hacia ellos en persona en los doce meses previos, debido a su origen étnico. De los que sufrieron agresión física, un 70% no lo denunció en ninguna parte²⁵⁰, y del 26% de romaníes que se sintió discriminado al menos una vez en los últimos doce meses, solo el 12% denunció el último incidente a una autoridad o llenó un formulario de reclamación, según la EU-MIDIS II. Una tasa de denuncia tan baja debe interpretarse junto con la baja conciencia acerca de las organizaciones que les pueden ayudar en estos casos: 82% de los romaníes no sabe de la existencia de una organización de ese tipo en su país. Además, sólo un 36% sabía que existe una ley que prohíbe la discriminación por color de piel, origen étnico o religión; un 35% piensa que una ley de ese tipo no existe, y el 27% simplemente no sabía si esa legislación existe o no.²⁵¹

Todos los datos expuestos acerca de las condiciones de vida de la población romaní dejan un panorama claro y devastador: “el racismo contra los romaníes está aumentando en todos lados a lo largo de Europa. Actualmente, los romaníes son tan pobres y marginados, desempleados y en tan malas viviendas como han sido siempre. Están tan lejos de vivir las vidas normales de los ciudadanos en sus propios países, como lo estaban antes de la expansión de la UE, y se han hecho comparaciones con la atmósfera en Alemania en la década de 1930.”²⁵²

²⁴⁷ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p. 42.

²⁴⁸ FRA, *Fundamental Rights Report 2017*, op. cit., p. 18.

²⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Eurobarometer on Discrimination 2015: general perceptions, opinions on policy measures and awareness of rights*, ficha de datos publicada en octubre de 2015 y disponible en ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/factsheet_eurobarometer_fundamental_rights_2015.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

²⁵⁰ FRA, *Fundamental Rights Report 2017*, op. cit., p. 112.

²⁵¹ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., pp. 44-46.

²⁵² HANCOCK, Ian, “Roma today: issues and identity”, en KYUCHUKOV, Hristo e Ian HANCOCK (eds.), *Roma identity*, NGO Slovo 21, Praga, 2010, pp. 13-25, p. 14: ““racism against Roma is everywhere on the increase throughout Europe. Today, the Roma are just as poor and marginalized, as unemployed, and as badly housed as they ever were. They are just as far from living the normal

La situación de los romaníes en Europa comenzó a captar mayor atención el año 2004 en un contexto de expansión de la Unión Europea que implicaba la adhesión a la organización de nuevos Estados con grandes poblaciones pertenecientes a dicha etnia.²⁵³ Más adelante, las deportaciones de romaníes²⁵⁴ de Italia el año 2008 y Francia el 2010 pusieron nuevamente sobre la mesa la preocupación por la situación de precariedad en la que vive esta comunidad en toda Europa en general. En efecto, el tema se instaló en la agenda política europea y la Unión Europea terminó adoptando un Plan de Estrategias para la Integración Nacional de la Minoría Romaní hasta el año 2020, llamando a sus Estados miembros a comprometerse en su inclusión socioeconómica a través de medidas concretas.

Sin embargo, lo cierto es que a nivel jurídico no se ha logrado combatir totalmente la exclusión socioeconómica de los romaníes, y es importante destacar que se trata de dos aspectos que están íntimamente vinculados. De hecho, consideramos que la exclusión legal del grupo es un factor significativo que influye en su exclusión social. No creemos que se trate sólo de una consecuencia de esta última, sino que una definición jurídica excluyente que se le dé en un Estado puede precisamente originar su exclusión social o al menos profundizarla. Se trata claramente de dos esferas interdependientes que no pueden tratarse por separado.

Además de la preocupación que cualquier grupo humano en situación de desventaja merece, el caso de la minoría romaní en Europa merece especial atención por los siguientes motivos:

- a) Es la mayor minoría en Europa: se ha mencionado ya que son entre 10 y 12 millones los romaníes que viven en el continente, por lo que de hecho parece cuestionable que se les catalogue precisamente de “minoría”, teniendo la misma cantidad de habitantes de un país europeo de tamaño medio (Bélgica, Portugal o Grecia, por ejemplo). Resulta paradójicamente preocupante además, que siendo la minoría más numerosa sean a la vez la menos reconocida formalmente.²⁵⁵
- b) Las condiciones de extrema pobreza en las que viven sus miembros (cuyos principales problemas están en los ámbitos de salud, vivienda, educación y empleo, es decir, en la cobertura y garantía de derechos humanos fundamentales) la hacen ser la minoría más desfavorecida en Europa y estar en una situación tercermundista dentro de países del Primer Mundo, incluyendo algunos de los más ricos, que son democráticos y multiétnicos.

lives of citizens in their own countries as they were before the EU's expansion, and comparisons have been made with the atmosphere in Germany during the 1930s.” Traducción propia.

²⁵³ VERMEERSCH, Paul, “EU enlargement and minority rights policies in Central Europe: explaining policy shifts in the Czech Republic, Hungary and Poland”, *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 1/2003, pp. 1-32.

²⁵⁴ La palabra *romanny* es de origen sánscrito y significa Los Maridos, o lo que está en su potestad. G. BORROW, George, *The Zingali. An account of the Gypsies of Spain* (1841), traducción al castellano de M. Azaña en *Los zongali. Los gitanos de España*, La Nave, Madrid, 1932, p. 34. Como se verá más adelante, el término “romaní” abarca a una variedad de grupos de diversos orígenes y características que de hecho se denominan de diferente manera a lo largo de Europa (*sinti*, *gypsies*, *gitanos*, etc.). En este trabajo, sin embargo, se utilizará en su sentido amplio para hacer referencia a esta gran comunidad dispersa en distintos grupos, sin que esto signifique obviar las diferencias entre ellos. Para una enumeración de los diversos nombres que reciben los romaníes en los distintos Estados y regiones, véase LIÉGEOIS, J. P., *Gitanos e itinerantes*, op. cit., pp. 41-43.

²⁵⁵ PIASERE, Leonardo, *I rom d'Europa. Una storia moderna*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 125.

- c) El prejuicio y la discriminación que hay hacia los romaníes es mayor que la que hay hacia otras minorías.²⁵⁶ Según BALDIN, son de hecho el caso de diversidad menos tolerado en comparación con otros grupos, y en general en Europa no se ha asumido que deben ser tratados del mismo modo en que se trata a otras minorías reconocidas como tales.²⁵⁷

Para buscar aportar a la solución de estos problemas, lo primero que debe hacerse es intentar comprenderlos a cabalidad, lo que pasa en primer lugar por entender sus causas. Esto cobra especial relevancia en el caso de la minoría romaní, que arrastra esta situación de precariedad desde hace siglos. Resulta oportuno, entonces, hacer una breve revisión del recorrido histórico de la comunidad desde sus orígenes.

1.2 Orígenes y Contexto Histórico

El pasado remoto de los gitanos aún es objeto de controversia²⁵⁸, aunque en general hay un consenso basado en análisis lingüísticos que identifican huellas sánscritas en los diversos dialectos del romaní, lengua que pertenecería a la familia indoeuropea y que sitúa el origen de la minoría en el subcontinente indio. Esta tesis fue publicada por el alemán Johann RÜDIGER en 1782, y después de varios otros trabajos que la confirmaban desde la Filología a lo largo del siglo XIX, surgieron estudios desde la Antropología que apoyaron la idea.²⁵⁹ Se cree que de ahí partieron en masa en el siglo X, por razones desconocidas, movilizándose lentamente hacia el oeste antes de llegar a Europa occidental a comienzos del siglo XIV.²⁶⁰

Antes de llegar a este acuerdo surgieron varias leyendas al respecto que hubo que descartar, provenientes de interpretaciones de la Biblia que sugerían su presencia en Palestina a comienzos de la era cristiana, así como de la idea oriental de su procedencia de Egipto. Respecto a esta última, cabe recordar que durante siglos se les llamó *egipcios*, nombre que en realidad se daba a todos los bufones y saltimbanquis vagabundos, sin que

²⁵⁶ O'NIONS, Helen, *Minority rights protection in International law: the Roma of Europe*, Ashgate Publishing Group, Aldershot, 2007.

²⁵⁷ BALDIN, Serena, "The protection of the Romani language and the itinerant lifestyle of Roma minorities: a fuzzy approach to the comparative analysis", *Comparative Law Review*, vol. 3, nº 2, 2012, pp. 1-29, p. 28.

²⁵⁸ De hecho, según François de VAUX DE FOLETIER, la multiplicidad de nombres que se les da demuestra la diversidad de las teorías, conjeturas e hipótesis que ha habido respecto a sus orígenes. *Mille ans d'histoire des tziganes*, Fayard, París, 1970, p. 18.

²⁵⁹ VAUX DE FOLETIER, F., *Mille ans d'histoire des tziganes*, op. cit., pp. 25-28.

²⁶⁰ BLOCH, Jules, *Les Tsiganes*, 3ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1969 [1953], pp. 10-17 y 32-34. Un estudio detallado –y en castellano– del recorrido que hicieron los gitanos desde la India hasta España, puede encontrarse en el libro *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía*, de Javier AGUIRRE FELIPE, publicado en Zaragoza el 2006 por la Institución Fernando el Católico. De acuerdo con este autor, la primera emigración romaní importante a Europa se dio junto con la bizantinoanatolia de mediados del siglo XIII. Un elemento significativo que aporta la obra de AGUIRRE, además, lo constituye la relación que establece entre la simultaneidad que se da entre 1261 y 1354 en los estrechos euroasiáticos, del intercambio entre Egipto y Crimea de eje norte-sur y vice-versa, y la emigración gitana de este a oeste. Además de otros aspectos, esto explicaría la gran difusión del término "gypsies" para referirse a los romaníes, así como el origen de la palabra "gitano", proveniente de "egipcio".

haya sido aclarado aún por qué. A partir de esas leyendas, los primeros “gitanólogos” diseñaron sus hipótesis sobre el origen de los gitanos, dentro de las que destaca, en primer lugar, la que relaciona el origen de los gitanos con los judíos, cuyos rasgos eran muy similares según la opinión corriente de principios del siglo XIX –idea que hoy está totalmente descartada–.²⁶¹ Otra hipótesis relevante es la que identifica el origen de los gitanos con el surgimiento de los trabajos de forja en Europa, siendo BATAILLARD el primero que estudió el asunto seriamente desde esta perspectiva²⁶², planteando que los gitanos introdujeron el bronce en Europa, lo que significaría que llevaban cerca de tres mil años en el continente.

A partir del origen indio de los gitanos, se les ha vinculado con la casta de los parias, lo que podría explicar algunos rasgos de su cultura. Según VAUX DE FOLETIER²⁶³, por ejemplo, su aspecto miserable no se debe a la persecución que han sufrido por siglos, pues se les describe de manera similar antes de su llegada a Europa. La razón sería que formaban parte de una casta inferior, lo que explicaría también sus trabajos subalternos y ocupaciones despreciadas que han tenido algunos grupos hindúes similares en la India hasta bien entrado el siglo XX. Teresa SAN ROMÁN dice que es imposible saber la veracidad de esta idea, pero que en cualquier caso podría explicar en parte las soluciones marginales que tomaban los gitanos desde temprano en toda Europa para resistir a las políticas asimilacionistas que los gobiernos implementaron contra ellos²⁶⁴ (sobre las que volveremos más adelante). Ésta es sólo una de las teorías que muestran lo problemático de la historia y el origen de la minoría gitana. De todos modos, el acuerdo general sobre su origen geográfico descansa sobre las características culturales comunes (la carencia de oficio, el aspecto miserable, la lengua, sus destrezas en la música y las artes del metal, por ejemplo) que los estudiosos han encontrado entre los gitanos europeos y algunos grupos de la India.²⁶⁵

Aunque se ha logrado llegar a un consenso respecto al origen de los gitanos, lo que ha resultado más difícil es establecer con claridad la fecha y los motivos de su migración desde la India, pues en general los documentos que hablan sobre ellos entre el año uno y el mil son muy pobres. Según CLÉBERT, ni siquiera la historia de la India es muy clara al respecto: a partir de ella puede distinguirse una raza de hombres pre-arios que probablemente fue expulsada por los arios que llegaron cerca del 1500 a.C. hacia zonas más abandonadas. Es posible que así estas tribus hayan comenzado a adquirir prácticas nómadas y a desarrollar actividades propias de los itinerantes. Mil años más tarde llegaron a la India griegos, persas, escitas y kush; en el siglo V, los hunos, y después los musulmanes. Estas invasiones implicaban intentos de regularizar el nomadismo –que siempre es perjudicial para la conquista–, y así cohibían cada vez más a las tribus pre-gitanas. De todas maneras, no hay acuerdo entre los estudiosos con respecto a la fecha en que abandonaron la India, aunque *grosso modo* es el año mil el que marca el principio de la migración.²⁶⁶

²⁶¹ CLÉBERT, Jean Paul, *Los gitanos*, Aymá, Barcelona, 1965, pp. 15-27.

²⁶² BATAILLARD, Paul, *De l'apparition et de la dispersion des Bohémiens en Europe*, Typographie de Firmin Didot, París, 1844.

²⁶³ VAUX DE FOLETIER, F., *Mille ans d'histoire des tziganes*, op. cit., p. 30.

²⁶⁴ SAN ROMÁN, Teresa, *La diferencia inquietante, Viejas y nuevas estrategias culturales de los gitanos*, Siglo XXI, Madrid, 1997, p. 3.

²⁶⁵ SÁNCHEZ, María Helena, *Los gitanos españoles. El período borbónico*, Castellote, D.L., Madrid, 1977, pp. 74-75.

²⁶⁶ CLÉBERT, J. P., *Los gitanos*, op. cit., pp. 36-37.

De acuerdo con el itinerario planteado por CLÉBERT –advirtiendo que se basa en datos sueltos y frecuentemente contradictorios– los gitanos dejaron las riberas del Indo para entrar primero en Afganistán y Persia hasta el norte del mar Caspio. Luego, un grupo cruzó Armenia, el Cáucaso y Rusia (y desde ahí a Escandinavia) y otro siguió los cursos del Tigris y el Éufrates. Unos pocos se dirigieron hacia el mar Negro y a Siria, pero la mayor parte entró en la Turquía asiática y de ahí se esparció por Grecia y los Balcanes, desde donde se movieron a Europa Central. El grupo más austral bordeó el Mediterráneo a través de Palestina y Egipto, y probablemente algunos siguieron por África hasta Gibraltar hasta España.²⁶⁷

En cuanto a las fechas, hay testimonios que sitúan a grupos que podrían ser gitanos en Bizancio y en Grecia incluso a partir del siglo IX, pero se trata de indicios dudosos. Los documentos sólo comienzan a ser fiables desde el siglo XIV, cuando ya se habrían esparcido por Europa.²⁶⁸ Las fechas de aparición “oficial” en los países europeos –esto es, cuando son mencionados por autoridades– están entre los siglos XIV, XV y comienzos del XVI en países nórdicos, por lo que puede decirse que en cien años el grupo ya cubría toda Europa.

Por otro lado, LIÉGEIS afirma que la lingüística ha permitido también diseñar el mapa y la cronología que siguieron las migraciones de los gitanos, a través del estudio del vocabulario y la gramática de los dialectos romaníes que se hablan en los distintos países, junto con la información que entregan los archivos documentales. Las conclusiones a las que se ha llegado a través de esta metodología coinciden con las fechas señaladas anteriormente. El autor rescata testimonios que hablan de gitanos en algunas islas griegas a comienzos del siglo XIV, desde donde puede rastrearse una dispersión por toda Europa occidental hasta 1430, exceptuando los países del norte, hacia donde se documentan viajes recién en la primera mitad del siglo XVI.²⁶⁹

Hay crónicas del periodo que mencionan encuentros con grupos gitanos en Alemania, Suiza, Bélgica y Francia entre 1417 y 1427. En todos ellos se les describe refiriéndose a su hábito de viajar en grupos de entre 10 y 100 personas aproximadamente –cada uno liderado por un “conde” o “duque”–, sus campamentos a campo abierto, su apariencia descuidada, su predicción de la suerte, su propensión al robo y su afirmación de tener origen en Egipto o “Pequeño Egipto”. Este último se menciona frecuentemente en las cartas de salvoconducto a través de Europa, pero según PYM parece referirse a ciertas partes de Grecia donde los gitanos pasaron bastante tiempo en su viaje desde la India hacia Occidente.²⁷⁰

Los gitanos llegaron a Europa occidental con cartas de recomendación de la Iglesia, para que expiasen sus pecados haciendo de vagabundos y pidiendo limosna. Casi todos los grupos gitanos que aparecen en el siglo XV en Europa llevaban salvoconductos, cosa que según CLÉBERT no era exclusiva para ellos pues desde el siglo XII la Iglesia se había preocupado del ejercicio de la caridad.²⁷¹

Su situación, por lo tanto, no era la mejor, y según RHEINHEIMER desde la década de 1490 eran cada vez más los países donde no se les aceptaba: de Milán se les expulsó

²⁶⁷ CLÉBERT, J. P., *Los gitanos, op. cit.*, pp. 44-46.

²⁶⁸ SAN ROMÁN, T., *La diferencia inquietante, op. cit.*, p. 3.

²⁶⁹ LIÉGEIS, J. P., *Gitanos e Itinerantes, op. cit.*, pp. 30-33.

²⁷⁰ PYM, Richard, *The Gypsies of Early Modern Spain, 1425-1783*, Palgrave Macmillan, Houndmills y Nueva York, 2007, pp. 3-9.

²⁷¹ CLÉBERT, J. P., *Los gitanos, op. cit.*, p. 49.

en 1493; de Alemania, en 1497 y 1498; de Francia, en 1510; en 1524 tuvieron que irse de Portugal; les expulsaron de Inglaterra en 1530; de Dinamarca, en 1536, y de Suecia en la década de 1540.²⁷² KENRICK y PUXON dan cuenta de varias leyes represivas dictadas en distintas partes de Europa entre los siglos XV y XVII, demostrando que lejos de disminuir, el volumen y la severidad de la legislación aumentaron con el tiempo.²⁷³

Por esto mismo, en general los grupos de gitanos que llegaron a Europa siguieron desplazándose de un país a otro, registrándose grandes movimientos hasta principios del siglo XVI. Posteriormente se redujo la amplitud de estos viajes, que comenzaron a realizarse dentro de un país o de una región.²⁷⁴

De todos modos, su dispersión por toda Europa ha significado que la minoría, pese a su origen común, constituye un grupo muy diverso. Primero, porque se les recibió de distinta manera en los diferentes lugares, siendo algunos países más acogedores que otros. En segundo lugar, porque esto mismo influyó en la manera que tuvieron los gitanos de adaptarse al medio al que llegaban. Así, en algunos sitios se integraron mejor a la población local que en otros, por ejemplo, cosa que tuvo repercusiones en su forma de ser, su calidad de vida, sus costumbres y sus necesidades.

Por ejemplo, BLOCH afirma que en los Balcanes en general los gitanos no tuvieron problemas de exclusión, especialmente en el sureste de la península, donde los nómadas se movían más fácilmente y las persecuciones fueron mucho menos severas que en Europa Central, en parte gracias a que los indígenas eran de origen asiático también y a que la invasión otomana aportaba ahí un “orientalismo” favorable a los gitanos y sus costumbres. En cambio, en Rumania –que entonces era Moldavia y Valaquia– se les convirtió inmediatamente en esclavos. En Austria y Hungría, Carlos VI decretó su persecución y exterminio entre 1720 y 1720, y la reina María Teresa y José II buscaron sedentarizarlos, prohibiéndoles dormir en sus tiendas y contraer matrimonio si no tenían los medios suficientes para vivir honorablemente, obligándoles entregar sus hijos a familias cristianas para que aprendieran la agricultura y otros oficios, incautando sus carruajes y animales de tiro, y proscribiendo el uso de su lenguaje, por ejemplo.²⁷⁵ Según BLOCH, en Alemania puede apreciarse la persecución más violenta y frecuente hacia los gitanos, prohibiéndoseles incluso entrar en ciertos Estados, mientras en Rusia se les hizo esclavos de la corona pero se les dio un estatuto propio superior al de los siervos y no se les persiguió, por lo que vivían relativamente en paz. De todos modos, en 1759 se les prohibió entrar en San Petersburgo.²⁷⁶ De acuerdo con CLÉBERT, en Francia los gitanos no fueron muy bien considerados desde el principio (salvo en la Provenza, donde se les trata como peregrinos), cosa que se ve en la primera medida que toma el obispo de París al respecto en 1427: excomulgarlos y expulsarlos.²⁷⁷

²⁷² RHEINHEIMER, Martin, *Arme, Bettler und Vaganten. Überleben in der Not 1450-1850*, Fischer Taschenbuch Verlag GmbH, Fráncfort del Meno, 2000. Traducción al castellano de C. M. Ramírez bajo el título *Pobres, mendigos y vagabundos. La supervivencia en la necesidad 1450-1850*, Siglo XXI, Madrid, 2009, p. 160.

²⁷³ KENRICK, Donald y Grattan PUXON, *The destiny of Europe's Gypsies*, Heinemann, Londres, 1972, pp. 42-43.

²⁷⁴ LIÉGEOIS, J. P., *Gitanos e itinerantes*, op. cit., p. 33.

²⁷⁵ En general, “[l]a minoría gitana en Austria sufrió durante el Antiguo Régimen, una serie de legislación restrictiva de sus derechos civiles”, afirma Alejandro TORRES GUTIÉRREZ en *Minorías y multiculturalidad en Austria*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 255.

²⁷⁶ BLOCH, J., *Les Tsiganes*, op. cit., pp. 34-40.

²⁷⁷ CLÉBERT, J. P., *Los gitanos*, op. cit., pp. 80-83.

Por otro lado, cabe destacar que los gitanos, aunque han conservado su lengua y sus tradiciones, lo han hecho mezclándolas con aspectos de las culturas a las que han llegado. Un claro ejemplo de esto lo constituye el idioma, pues dentro del romaní pueden encontrarse muchos dialectos distintos, con elementos tomados de las lenguas europeas, que los pueden diferenciar al punto de ser mutuamente incomprensibles.

Por lo anterior, aunque en general se les denomina a todos los grupos bajo el mismo nombre de *gitanos*, *bohemios*, *calés*²⁷⁸, *románigos*, etc., lo cierto es que difieren mucho unos de otros en diversos aspectos: en el físico, en las costumbres, leyes y creencias, que varían incluso entre tribus y entre familias. Como se verá más adelante, esta diversidad interna de la minoría ha constituido también un problema a la hora de diseñar políticas en relación con ella, pues resulta difícil determinar qué es conveniente para un grupo dentro del cual surgen demandas muy distintas y aun contradictorias entre sí.

Según CLÉBERT, hay tres grupos principales que reivindican la “sangre gitana”²⁷⁹. Primero están los cíngaros kalderas, que llegaron recientemente desde la península balcánica y se dividen en cinco subgrupos: lovari, boyhas, luri, churari y turco-americanos. En segundo lugar pueden identificarse los gitanos, que se encuentran sólo en España, Portugal, África del Norte y en el mediodía de Francia, y se dividen en *españoles* (o andaluces) y *catalanes*. Finalmente, el autor nombra a los manuches, que son los “bohemios” tradicionales (su nombre significa “hombres auténticos” en sánscrito), y se les llama también *sinti* por su probable origen indio de las riberas del Sind; se dividen en *valsikanés* o *sinti* franceses, *gaygikanés* o *sinti* alemanes o alsacianos, y *piamontesi* o *sinti* italianos. Además están los *gypsies* de Inglaterra, Irlanda y Escocia reúnen a los *kalderas*, los *manuches* y los *tinkers*, caldereros ambulantes de origen gitano incierto.²⁸⁰

De todas formas, cabe recordar que todas estas divisiones son algo arbitrarias, pues cada grupo reivindica la autenticidad gitana, tiene su propia lengua, sus leyes y costumbres, y desprecia a los demás.

Pues bien, en el siglo XIX ya se encontraban integrados en el Imperio Otomano, donde disfrutaban de derechos civiles desde el siglo XV, teniendo su estatus civil y social propio, conciencia civil y capacidad de luchar por sus derechos. De hecho, es aquí donde se encuentran los primeros testimonios que muestran aspiraciones de la comunidad por cierta emancipación civil e igualdad de estatus: pretendían poder crear su propia iglesia y

²⁷⁸ “Calé” corresponde a la terminación plural del vocablo compuesto Zín-calo, y significa Los hombres negros. BORROW, G., *Los zincali*, op. cit., p. 73. Al respecto, cabe recordar que según VAUX DE FOLLETIER, algunos de los nombres que se dan los romanís a sí mismos son una alusión a una apariencia física, sobre todo al color de la piel. *Mille ans d'histoire des tziganes*, op. cit., p. 14. En este sentido, es pertinente establecer la relación entre este aspecto y la connotación negativa que se le daba al gitano en Europa, considerando que en la mentalidad occidental ya estaba arraigada la idea de que la negrura denotaba inferioridad y mal, por lo que la piel morena de los gitanos les hacía ser víctimas de este prejuicio. KENRICK, D. y G. PUXON, *The destiny of Europe's Gypsies*, op. cit., p. 19.

²⁷⁹ CLÉBERT, J. P., *Los gitanos*, op. cit., pp. 39-41. Para un estudio de los grupos de gitanos, especialmente en Francia, consúltese también MAXIMOFF, Mateo, “Principaux groupes tziganes en France”, *Études Tsiganes*, nº 1, 1955, pp. 3-6.

²⁸⁰ Además de esta clasificación, puede consultarse la que realiza Luc de HEUSCH de los grupos nómadas (pues distingue a la minoría en dos grandes grupos: éstos y los sedentarios), en *A la découverte des Tsiganes. Une expédition de reconnaissance*, Éditions de l'Institut de Sociologie, Bruselas, 1965, pp. 50-90. También PIASERE distingue entre diversos grupos dentro de Europa en *I rom d'Europa*, op. cit., pp. 15-27.

su sistema de educación, con lo que de todos modos repetían el patrón de las otras naciones balcánicas de entonces. No sorprende, entonces, que sea en esta región donde surgen las primeras organizaciones que buscan mejorar la situación de la comunidad romaní a comienzos del siglo XX. En los años '20 y '30, éstas consistían en agrupaciones surgidas al margen del Estado y sin su apoyo, y que generalmente planteaban ideas contrarias a la política estatal hacia la minoría romaní.²⁸¹

Dentro de la Unión Soviética, sin embargo, surgió un fenómeno distinto, con organizaciones romaníes estatales, que más adelante, en un contexto de Guerra Fría, se preocuparían de las violaciones a los derechos humanos de sus miembros. En general, la política estatal del Este ha brindado gran apoyo a la comunidad romaní, a su participación en la vida social y al desarrollo de su conciencia civil, logrando una relativamente buena educación de sus miembros y el surgimiento de una nueva "élite romaní" presente en varias profesiones. Sin embargo, también es cierto que ha sido limitada en el tiempo y además que ha tenido una puesta en práctica algo contradictoria, pues al mismo tiempo que promueve su conciencia civil, pretende su asimilación por parte de la cultura dominante.²⁸²

Fue en los años '70 del siglo XX cuando comenzó a desarrollarse el proceso de internacionalización del asunto romaní, al surgir en Europa occidental un nuevo tipo de unidad en el grupo que atrajo también a las organizaciones del Este. En este espíritu comenzó a reunirse la comunidad en congresos mundiales, creando la Unión Romaní Internacional, eligiendo un himno y una bandera, y desarrollando sus conceptos bajo la influencia de diversos factores externos: en primer lugar, de académicos y aficionados cívicamente activos que se interesaban por la cultura romaní; también jugaron un papel significativo las iglesias evangélicas; igualmente fue muy relevante el aporte de ONGs con preocupación por el tema y principalmente dedicadas a la defensa de los derechos humanos, y por último resultó importante la influencia de ciertas políticas estatales a escala global que pretendían resultados internacionales, como las que se dieron en Yugoslavia.

Finalizada la Guerra Fría y el sistema socialista, comenzó a desarrollarse lo que MARUSHIAKOVA y POPOV denominan como "industria romaní" (*Gypsy industry*): es el conjunto de proyectos administrados por activistas y ONGs dedicadas a estos asuntos, que parten de la visión de los romaníes como una comunidad de clase baja, muy marginada y socialmente degradada, y que su cultura es tan distinta que es imposible que participen en igualdad en la vida de los países en los que viven. Con estos planteamientos –que luego siguieron también políticas nacionales y líneas de la Unión Europea– se reconoce la necesidad de adoptar un enfoque específico para tratar el problema romaní, pues se requiere diseñar programas y proyectos especiales con miras a solucionarlo, desde una perspectiva distinta de la que se tiene hacia la mayoría o incluso hacia otras minorías. Sin embargo, también ha significado que, para combatir esta desigualdad social, hayan adoptado un enfoque paternalista que no considera la participación de los miembros del grupo en el diseño de estas medidas. Por esto y por no haber obtenido los

²⁸¹ MARUSHIAKOVA, Elena y Vesselin POPOV, "The Roma – a nation without a State? Historical background and contemporary tendencies", en Bernhard STRECK (ed.), *Segmentation und Komplementarität. Organisatorische, ökonomische und kulturelle Aspekte der Interaktion von Nomaden und Sesshaften. Beiträge der Kolloquia am 25.10.2002 und 27.06.2004*, Halle, 2004 (Orientwissenschaftliche Hefte 14; Mitteilungen des SFB "Differenz und Integration" 6), pp. 71-100.

²⁸² MARUSHIAKOVA, E. y V. POPOV, "The Roma – a nation without a State?...". *op. cit.*, pp. 74-75.

resultados esperados –los romaníes continúan en situación de pobreza y marginalidad– ha generado fundadas críticas hacia sus mecanismos.²⁸³

Por otro lado, aunque dentro del mismo ambiente post Telón de Acero, la Unión Romaní Internacional (en adelante, URI) llegó a establecer que su comunidad constituía una “minoría transnacional”, pues sus miembros son ciudadanos de los países en los que residen, pero al mismo tiempo continúan buscando su propio lugar en la Europa unida del futuro. Esto, en un momento en el que el Derecho Internacional y las instituciones europeas despertaban en los romaníes muchas esperanzas con respecto a la posibilidad de mejorar su estatus social.

Sin embargo, y aunque los Estados de Europa Central y del Este firmaron el Convenio Marco para la Protección de Minorías Nacionales, eran pocos los cambios que podían ver los romaníes en su situación, por lo que la URI cambió de enfoque y desarrolló un nuevo concepto: el de la minoría romaní como una “nación sin Estado”, postura que se mantuvo hasta el año 2000 en el Quinto Congreso Mundial de la organización. Con ella se reclamaba la nacionalidad no-territorial para la comunidad romaní, planteando una visión de nacionalidad sin Estado que desafía el principio de democracia territorial y el orden internacional westfaliano. De hecho, la URI se presentó a sí misma como la representante de la comunidad romaní ante las instituciones internacionales, con todos los atributos de un Estado-nación (poderes ejecutivo, legislativo y judicial), pretendiendo reconocimiento internacional y europeo.

De acuerdo con MARUSHIAKOVA y POPOV, la “industria romaní” ha sido más cautelosa con respecto al concepto de “nación sin Estado”, y aunque el futuro que tenga el desarrollo de esta idea sigue abierto, los autores creen que es difícil que se acepte, considerando la heterogeneidad interna de la comunidad. Lo que ciertamente puede apreciarse en todas estas tendencias es la ambición clara de algunos factores externos de determinar las direcciones que tome el movimiento romaní según sus propios intereses, tanto de la URI como de otras ONGs y algunas políticas estatales.²⁸⁴

²⁸³ MARUSHIAKOVA, Elena y Vasselin POPOV, “Between Exoticization and Marginalization. Current Problems of Gypsy Studies”, *Behemoth - a Journal on Civilisation*, vol. 4, nº 1, 2011, pp. 86-105, p. 91. Otros autores también se han referido a este asunto. NASTURE, por ejemplo, se refiere a esta “industria romaní” como una “industria del desarrollo” (*development industry*), debido a la aproximación que les guía, y la critica crudamente por estar desperdiciando los fondos que reciben para estos proyectos, afirmando incluso que su interés radica más en su propia supervivencia que en actuar en pos de los romaníes. De hecho, asegura que muchas organizaciones a las que se financia no conocen la realidad de las comunidades romaníes, y que así su enfoque se transforma en un acto de asimilación, sin considerar su dimensión étnica. NASTURE, Florin, “Changing the Paradigm of Roma inclusion: From Gypsy industry to active citizenship”, *Roma Rights*, vol. 2, 2015, pp. 27- 31. CEMLYN y RYDER también hacen eco de estas críticas, pero plantean nuevas alternativas para la relación entre el activismo y la investigación, que incorporen la participación de los romaníes como forma de empoderamiento y para obtener mejores resultados. CEMLYN, Sarah y Andrew RYDER, “The Gypsy Industry and Ivory Towers: avoiding managerialism and academic elitism”, en KYUCHUKOV, Hristo, Elena MARUSHIAKOVA, y Vesselin POPOV (eds.), *Roma: past, present, future*, LINCOM GmbH, Múnich, 2016, pp. 184-198.

²⁸⁴ MARUSHIAKOVA, E. y V. POPOV, “The Roma – a nation without a State?...”, *op. cit.*, p. 85.

1.3 Condiciones Actuales: Ineficacia del Enfoque de Derechos Humanos

Aunque en su conjunto constituyen la población equivalente a la de un Estado europeo medio, es sabido que los romaníes se encuentran dispersos en prácticamente todos los países del Viejo Continente. Las circunstancias históricas y socio-económicas les han llevado a asentarse más en algunos lugares que en otros, por lo que PIASERE distingue entre lo que denomina tres “Europas zíngaras”. La primera estaría asentada en los países de la Europa cárpat-balcánica (Rumania, Bulgaria, Hungría, Eslovaquia, Serbia, Montenegro, Kosovo, Macedonia), constituyendo el 61,5% de la población gitana total de Europa y entre el 3,8% y el 11% de la total de cada Estado. Corresponden el autor llama el “núcleo duro” de la población gitana en Europa, que poco a poco se va desvaneciendo. En segundo lugar estaría un grupo establecido en la región atlántica de Europa, incluyendo Irlanda, Francia y la Península Ibérica, con el 14,7% de la población gitana total. Siendo una zona rica, resalta en ella la situación de España, único país en la Europa no balcánica con una población gitana superior al 1% de la total. Finalmente está la tercera Europa zíngara, con un porcentaje muy bajo de población gitana en cada país (máximo un 0,2%), siendo sus mayores representantes los casos de Reino Unido, Alemania e Italia, con 0,10-0,15%, aproximadamente.²⁸⁵ Constituye sólo el 10,5% de la población gitana total, y es aquélla que probablemente nos es más familiar, de la cual surge la valoración de la “situación de los gitanos” en general, con un serio prejuicio en la comprensión del fenómeno.²⁸⁶

Las condiciones precarias en las que viven los miembros de la comunidad romaní siguen ubicándolos en situación de pobreza, cuyos mayores indicadores son la vivienda y el empleo. Además, la violencia y opresión que han sufrido los romaníes a lo largo de la historia no han sido superadas totalmente y en algunos casos su escenario actual no es tan distinto del que tenían décadas atrás, a pesar de la mayor conciencia que hay acerca de esto. Incluso en el siglo XXI se han denunciado políticas de esterilización forzosa de mujeres de la etnia, cambios de nombre obligados y adopción forzosa en varios países europeos.²⁸⁷ En muchos casos, esta situación ha sido avalada por la complicidad policial²⁸⁸ y procesos inadecuados de investigación y castigo a delitos contra los romaníes, así como por las políticas anti-asilo en diversos Estados europeos. Esto, considerando que, aunque no hay estadísticas que sean muy fiables al respecto (principalmente por el miedo que tienen muchos romaníes de declarar su origen e identidad étnica), hay datos que demuestran una extendida emigración hacia el oeste de Europa, donde los países han establecido mayores restricciones de entrada para evitarla.²⁸⁹

²⁸⁵ Cabe añadir algunos *Länder* austriacos como Burgenland, Viena, y Baja Austria, que según Alejandro TORRES suponen el 0,1% de la población (cifra que probablemente es mayor, dado lo difícil que resulta contabilizar a los miembros de esta minoría). TORRES GUTIÉRREZ, A., *Minorías y multiculturalidad en Austria*, op. cit., p. 259.

²⁸⁶ PIASERE, L., *I rom d'Europa*, op. cit., p. 8.

²⁸⁷ Estudios del *Centre for Reproductive Rights* y reportes de *ombudsmen* han revelado casos en República Checa y Eslovaquia al menos hasta el 2005. Citados por O'NIONS, H., *Minority rights protection in International law*, op. cit., pp. 9-10.

²⁸⁸ El European Roma Rights Centre ha denunciado redadas policiales en asentamientos romaníes sin órdenes judiciales en Rumania y Eslovaquia, por ejemplo, y violencia policial y abusos en Austria y Hungría, a fines del siglo XX. Human Rights Watch ha destacado problemas similares en República Checa y Eslovaquia incluso el 2002. Informes citados en O'NIONS, H., *Minority rights protection in International law*, op. cit., p. 12.

²⁸⁹ O'NIONS, H., *Minority rights protection in International law*, op. cit., p. 15.

Las ampliaciones de la Unión Europea de 2004 y 2007, por otro lado, aunque han significado la presión para los Estados del este de Europa de reconocer y proteger a sus minorías para ser aceptados en la organización, no han mostrado ser muy efectivas en este sentido. De hecho, se ha criticado bastante que la ratificación de los tratados del Consejo de Europa sea resultado de esa condicionalidad, debido a que implican mayores restricciones para los países post-socialistas que para los occidentales. A raíz de esto es que algunos de estos últimos –Francia, por ejemplo– no reconocen ni protegen a sus minorías y otros –como Italia y Bélgica– excluyen a los romaníes de la protección legal que sí brindan a otras minorías.

Debido a esta situación, y aprovechando que el tema ha ganado atención en el mundo y se ha instalado ya en la agenda internacional y regional, es que cada vez hay más demandas por una mayor representación política de los romaníes, con miras a mejorar las condiciones en las que viven. Para satisfacer esas demandas se han adoptado diversos enfoques y dado distintas soluciones, planteándose también ciertos problemas sobre los que es necesario discutir.

La perspectiva que ha primado desde la segunda mitad del siglo XX es la del lenguaje de los derechos humanos, basado sobre todo en el principio de no-discriminación y desde un enfoque individualista y universal. Dado que la heterogeneidad del grupo dificulta su adopción de una postura unificada, ésta parece ser en principio una buena alternativa para mejorar la situación de los romaníes.

Sin embargo, como las condiciones en que vive la comunidad romaní no han mejorado y se mantiene la opresión de la que ha sido víctima a lo largo de la historia, la efectividad del enfoque de protección de derechos humanos para garantizar los de este grupo en particular es algo que al menos se pone en duda. En este sentido, es importante evaluar hasta dónde pueden protegerse los derechos de los romaníes bajo el énfasis individualista de los derechos humanos, cuya utilidad puede ponerse en duda si no logran proteger a los miembros más débiles y vulnerables de la sociedad civil: “la legislación existente de derechos humanos, enfocada en la no-discriminación y el individualismo, no es capaz de responder adecuadamente a estos desafíos”, plantea O’NIONS.²⁹⁰

De la misma opinión es RÖVID, quien afirma que en general el marco legal internacional y europeo –basado en normativas como el artículo 27 del PIDCP y el CMPMN– sólo garantiza derechos genéricos mínimos a las minorías, los que básicamente se resumen en la posibilidad de disfrutar de su propia cultura. Esto es claramente insuficiente para combatir los patrones de exclusión que sufre la minoría romaní.²⁹¹

En primer lugar, el individualismo del lenguaje de los derechos humanos minimiza la importancia de valores comunitarios, lo que lo hace ineficiente para satisfacer las necesidades y demandas de la mayoría de los grupos desaventajados. Por lo mismo, cree que éstas deben acompañarse de algún tipo de estrategia de acción positiva o del reconocimiento de derechos colectivos. La necesidad de una dimensión colectiva en la protección de los derechos humanos está siendo reconocida de a poco, especialmente en Europa, pero el alcance de estos derechos puede ser problemático. En particular es percibido por los Estados como una amenaza a su seguridad, temor que a juicio de la

²⁹⁰ O’NIONS, H., *Minority rights protection in International law, op. cit.*, p. 9: “existing laws of human rights, emphasising on non-discrimination and individualism, are unable to respond adequately to these challenges”. Traducción propia.

²⁹¹ RÖVID, Márton, “One-size-fits-all Roma? On the normative dilemmas of the emerging European Roma policy”, *Romani Studies* 5, vol. 21, nº 1, 2011, pp. 1-22.

autora es totalmente infundado en el caso de la minoría romaní, porque su progresivo mayor reconocimiento como minoría no ha significado esta amenaza y porque una demanda por una eventual independencia territorial no tiene mucha relación con la diversidad geográfica y cultural de las comunidades que lo conforman. Por lo tanto, “no hay en principio razón política por la que un Estado no quiera reconocer a los romaníes como una minoría”²⁹².

También RÖVID hace referencia a este asunto, situándolo de hecho como el primero de los tres dilemas morales y políticos que identifica en la naciente política europea con respecto a la minoría romaní. Este autor también se pregunta si acaso son suficientes las medidas anti-discriminación basadas en derechos universales individuales, para promover la inclusión social de los romaníes, o si en cambio se requieren políticas basadas en derechos de minorías diferenciados colectivamente para asegurar el ejercicio de sus derechos fundamentales.²⁹³

En este dilema, entonces, se enfrentan dos discursos opuestos: el de anti-discriminación, igualdad cívica y derechos humanos, y el de la autodeterminación y autonomía. Representante paradigmático del primero en Europa es el *European Roma Rights Centre*, fundado en 1996, interpretando los derechos civiles y la igualdad en el contexto de anti-discriminación e integración racial. El segundo, en cambio, se centra en reconocer que los romaníes son distintos, por lo que propone varias formas de autonomía. Se trata de la perspectiva seguida por la Unión Romaní Internacional y, según RÖVID, resulta adecuado sólo para determinadas minorías: las que fueron excluidas involuntariamente de instituciones comunes por motivos de raza o etnia. No obstante –y es el caso de varias comunidades romaníes en el mundo– muchas minorías han sufrido una situación totalmente opuesta, siendo asimiladas involuntariamente y despojadas de su cultura y sus instituciones de autogobierno. En estos casos, la protección que debería garantizarse a estos grupos no puede basarse sólo en la no-discriminación y la ciudadanía sino además en derechos de minoría colectivamente diferenciados.

De todas formas, la formulación concreta de los derechos colectivos específicos que debería disfrutar la minoría romaní es algo que aún no está claro. O’NIONS, de hecho, no se refiere a su contenido ni los enumera. Y para RÖVID, éste pasa a ser el segundo de los tres dilemas mencionados. Este asunto tiene una dificultad añadida bastante relevante: la diversidad interna de la minoría romaní, que plantea problemas al reconocimiento de una identidad colectiva determinada y a la posibilidad de acordar derechos grupales para varias comunidades etiquetadas de romaníes pero que se distinguen en varios aspectos significativos. Sus necesidades no siempre son las mismas e incluso a veces son diametralmente opuestas, por lo que es muy cuestionable la posibilidad de elaborar una única lista amplia para todos los romaníes. Por ejemplo, hay algunos grupos que son nómadas y que demandan el establecimiento de lugares separados para poder aparcar sus casas rodantes; otros romaníes sedentarios, en cambio, aspiran a vivir en barrios inclusivos y no segregados.²⁹⁴

²⁹² O’NIONS, H., *Minority rights protection in International law*, *op. cit.*, p. 19: “there is in principle no political reason why a state should be unwilling to recognise the Roma as a minority group.” Traducción propia.

²⁹³ RÖVID, M., “One-size-fits-all Roma?...” , *op. cit.*, pp. 4 y ss.

²⁹⁴ Según LIÉGEOIS, es muy difícil indicar la proporción de nómadas y sedentarizados en los distintos Estados europeos, por las mismas razones por las que cuesta obtener cifras certeras de la población gitana en general. De todos modos, se atreve a *estimar* que hay un 30% de gitanos e itinerantes nómadas, otro 30% de seminómadas y un 40% de gitanos sedentarizados, variando

Por lo anterior, FERRER afirma que, si al añadir a esa diversidad cultural la variedad de circunstancias socioeconómicas en las que se encuentran los distintos grupos de romaníes, se dificulta mucho poder dar una respuesta común a sus problemas, por lo que “las soluciones deberán ser particulares para cada Estado o al menos para un subámbito regional más o menos determinado”²⁹⁵.

Debido a la misma heterogeneidad propia del grupo es que se hace difícil incluso definir el tipo de colectividad que constituye la minoría romaní, problema principal antes de discutir el modo en que se deben proteger sus derechos. Se trata de un factor muy relevante, que sin duda determina el enfoque que se adopte para aproximarse al problema.

Hay autores que incluso dudan que pueda hablarse de “comunidad” para referirse a los romaníes, considerando que tienen lenguas maternas distintas que corresponden a diversos dialectos no sólo del romaní sino también del turco, el griego, el albanés, el rumano, el húngaro, el castellano y otros. Además, a veces ellos mismos prefieren una identidad étnica no gitana, ya sea real o declarada oficialmente. En este sentido, hay que considerar que a veces los romaníes no tienen una conciencia de unidad de la comunidad global sino sólo de la propia local, por lo que puede ponerse en duda que se trate de una nación propiamente tal. MARUSHIAKOVA y POPOV, por ejemplo, afirman que estos grupos constituyen más una construcción social unida principalmente por su origen histórico común y por el trato que reciben del resto de la población en los lugares donde viven.²⁹⁶

El asunto tiene tal importancia, que RÖVID plantea como tercer dilema en la naciente política europea hacia los romaníes, la pregunta acerca de esta definición: si la comunidad es una minoría nacional o una nación no-territorial sin Estado. De acuerdo con el autor, se trata actualmente de una minoría transnacional dispersa y sin Estado, visión que también ha recibido ciertas críticas.

En primer lugar, debido a la diversidad interna del grupo, que implica que además de las culturales haya diferencias en cuanto al modo en que las distintas comunidades romaníes quieren relacionarse con el resto de la población en sus Estados. Hay algunas que pretenden integrarse con ella, por lo que no quieren ser reconocidas como nación no-territorial. Hay otras, en cambio, que prefieren la protección de su propia cultura con una distinción y celo que pueden llevar a la segregación. Según MARUSHIAKOVA y POPOV, esta diferencia puede verse al analizar las condiciones sociales, posiciones en las respectivas sociedades y grado de integración de las comunidades romaníes en países de Europa del Este y Europa Occidental.²⁹⁷

Las primeras, por un lado, prefieren estar integradas en la sociedad en que viven y luchan por recibir un trato igualitario con respecto al resto de la población, sin que esto implique una asimilación cultural, pues quieren mantener su cultura propia. Este patrón obedece a la tradición histórica de la presencia romaní en la región, y lo que persigue es

siempre estos porcentajes según el Estado. En España, Suecia y Austria, por ejemplo, la población gitana parece haberse sedentarizado casi en su totalidad, mientras en Reino Unido, Irlanda, Bélgica y Francia puede encontrarse mayor proporción de gitanos nómadas. LIÉGEAIS, J. P., *Gitanos e Itinerantes*, *op. cit.*, p. 41.

²⁹⁵ FERRER LLORET, J., “La protección internacional de la minoría romaní (gitanos) en Europa”, *op. cit.*, p. 169.

²⁹⁶ MARUSHIAKOVA, E. y V. POPOV, “The Roma – a nation without a State?...”, *op. cit.*, p. 89.

²⁹⁷ MARUSHIAKOVA, E. y V. POPOV, “The Roma – a nation without a State?...”, *op. cit.*, pp. 94-95.

simplemente mejorar las condiciones de la comunidad dentro de los Estados donde viven, sin optar por ser reconocidos como nación sin Estado ni mucho menos.

Los romaníes que viven en países europeos occidentales, en cambio, no se encuentran bien integrados en ellos en general, en muchos casos son nómadas y no terminan de asentarse en ellos, y son considerados más sujetos que ciudadanos de sus respectivos Estados. Hay algunas comunidades que llevan más tiempo en sus países de residencia y han logrado integrarse hasta cierto punto, pero tampoco apoyan la idea de ser reconocidos como nación sin Estado.

Lo anterior influye en buena medida en el enfoque que se adopte para determinar el contenido de los derechos de la minoría romaní que se pretendan proteger. Tienen repercusión en la disyuntiva autodeterminación / derechos humanos que RÖVID establece como primer dilema, pues llevaría a optar por la integración o la segregación. Por ejemplo, el derecho a establecer escuelas especiales para romaníes que podría surgir de su derecho a la autodeterminación, no solucionaría la segregación que sufren aquellas comunidades que sí quieren poder acceder a las mismas escuelas a las que va el resto de la población. De esa manera, en varios aspectos resulta ser un verdadero dilema decidir si es mejor promover la inclusión cívica de los romaníes en instituciones comunes y brindarles oportunidades para luchar contra la exclusión, o proteger la cultura romaní de la asimilación y de las instituciones de la mayoría.²⁹⁸

En segundo lugar, se ha criticado que el reconocimiento de la minoría romaní como una nación sin Estado podría traer consecuencias indeseadas, como la evasión por parte de los gobiernos de su responsabilidad para con ella, reforzando la validez del Estado-nación. Además, los problemas sociales que sufre esta comunidad podrían pasar a entenderse sólo en relación con la etnicidad, y podría también haber una respuesta nacionalista radical de los no-romaníes y políticas excluyentes al respecto.

Por todo lo anterior, puede decirse que la heterogeneidad interna de la comunidad romaní en el mundo –producto del desarrollo de su historia y su desplazamiento desde la India hasta Europa– es un factor determinante en los problemas que enfrenta hoy el movimiento romaní para decidir la dirección que seguir y en la configuración de soluciones a sus demandas y necesidades, como el reconocimiento de determinados derechos y su contenido. De ahí que sea tan importante la participación de los mismos miembros de la minoría en el diseño de políticas destinadas a mejorar su situación y estatus, pues no siempre la manera que se ajusta a un grupo es idónea para otro.

Lo anterior también explica los planteamientos de PENTASSUGLIA, quien afirma que grupos como los romaníes enfrentan problemas muy específicos, por lo que pueden ser solucionados sólo en parte por el Derecho Internacional de minorías. Debido a esto, muchas veces les acomoda más que se realicen esfuerzos anti-discriminación *ad hoc* para ellos, enfocados en mejorar la condición social y económica de sus miembros, que es el aspecto que más les aqueja.²⁹⁹

²⁹⁸ RÖVID, M., "One-size-fits-all Roma?...", *op. cit.*, p. 8.

²⁹⁹ PENTASSUGLIA, G., *Minorities in International Law*, *op. cit.*, pp. 248-250.

1.4 El “Limbo Legal” de la Minoría Romaní y su Reconocimiento Jurídico

BALDIN afirma que el estatus legal de los romaníes es especialmente débil si se le compara con el de otras minorías.³⁰⁰ Generalmente, los problemas que sufren en toda Europa son tratados por la comunidad internacional, que monitorea que los Estados cumplan con las obligaciones que han adquirido para la protección de los derechos humanos en general y de sus minorías en particular, a partir de los tratados que han firmado al respecto.

En este sentido, cabe destacar la estrategia política de la Unión Europea en cuanto a establecer la protección de minorías como condición para admitir a un Estado como miembro de la organización en los criterios de Copenhague de 1993, así como la ratificación del CMPMN del Consejo de Europa.³⁰¹

Desde algunos años, por tanto, a nivel político se ha reconocido a los romaníes como una “minoría pan-europea”³⁰² en los tres niveles geo-legales de protección de derechos de minorías que, como se ha mencionado en el primer capítulo, plantea TONIATTI: la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE. El año 2011, además, la Unión Europea ha llamado a sus Estados miembros a comprometerse activamente con el asunto y crear estrategias nacionales mediante su Plan para la Integración de la Minoría Romaní hasta el 2020, con el fin de tratar el problema desde una perspectiva holística, considerando diversas áreas tan importantes para la situación del grupo como son la educación, la salud, el empleo y la vivienda. De esa manera, la minoría romaní ha logrado un reconocimiento institucional sin precedentes en Europa, especialmente en la última década.

No obstante, a pesar de estos avances el reconocimiento legal de la comunidad a nivel nacional por lo general no logra abordar sus derechos de un modo exhaustivo. Es importante recordar que las instancias internacionales solamente establecen estándares mínimos que deben cumplir los Estados. Con esto han ayudado a establecer una especie

³⁰⁰ BALDIN, S., “The protection of the Romani language and the itinerant lifestyle of Roma minorities...”, *op. cit.*, p. 2.

³⁰¹ Ante la ausencia de una definición de “minoría nacional” en el CMPMN –y en general en los instrumentos internacionales de protección de sus derechos–, algunos de los Estados que firmaron y ratificaron el instrumento incluyeron una declaración adicional que institucionalizaba su propio concepto de minorías nacionales. De esa manera, puede verse cuál es el estatus legal que corresponde a los romaníes en cada Estado de acuerdo con este instrumento, o al menos si oficialmente se les considera una minoría nacional y por tanto se les brinda la protección correspondiente. Dinamarca, Alemania, Eslovenia, Suecia y Macedonia, por ejemplo, elaboraron una lista de las minorías nacionales que declaraban como protegidas bajo el Convenio, aunque no establecieron una definición teórica del grupo. Se refirieron implícitamente a poblaciones asentadas en el territorio desde hacía tiempo: por ejemplo, Suecia mencionó a los saami, los tornedaleros, los judíos y los romaníes; Dinamarca, a la minoría alemana, y Alemania nombró a los daneses de ciudadanía alemana, a los sorbianos, los frisios y los romaníes (sinti). Por otra parte, Austria, Estonia, Polonia y Suiza incluyeron definiciones de “minoría nacional”, las cuales se plantearon siempre en relación con la condición de ciudadanía. Como se verá más adelante, España no hizo ninguna declaración adicional y por tanto no definió los grupos que consideraría como minorías nacionales. Sin embargo, señaló posteriormente que los romaníes son el único grupo al cual se puede aplicar el CMPMN en España.

³⁰² MEMO, Sara, “Roma as a Pan-European minority? Opportunities for political and legal recognition” en Timofey AGARIN (ed.), *When stereotype meets prejudice. Antiziganism in European societies*, *ibidem*, Stuttgart, 2014, pp. 119-142.

de Derecho Internacional de minorías romaníes, pero cabe a los Estados la responsabilidad de promover macro-políticas y a las autoridades locales y los grupos involucrados llevar a cabo las micro-políticas.

Además de las actitudes que por diversos factores puedan tomar los Estados con respecto a sus minorías en cada caso particular, puede decirse también que el sistema internacional en su conjunto tiene características estructurales –analizadas en el primer capítulo de esta investigación– que dificultan la solución a los problemas que sufre la comunidad romaní a causa de su estatus legal. Esto, por cuanto corresponde a un sistema *westfaliano* esencialmente interestatal, que sigue la idea decimonónica que equipara nación y Estado, reconociendo siempre a un grupo en relación con un territorio determinado.

De acuerdo con lo anterior, las categorías legales actuales sólo reconocen a minorías “autóctonas”, “tradicionales” o “histórico-territoriales” –establecidas en Europa desde hace siglos– y a las nuevas minorías que han surgido a raíz de las recientes migraciones.³⁰³ Por lo tanto, al escapar de estos cánones la minoría romaní, estas categorías jurídicas actuales no logran abarcar completamente su reconocimiento, con lo que termina situándose en una especie de “limbo legal” tanto en relación con la afirmación de su estatus como con el de sus derechos concretos. En este sentido, es fundamental destacar la relevancia de este aspecto, pues es difícil que pueda lograrse dar respuesta a sus demandas sin cubrir el problema de su estatus legal, ya que para eso se requiere la garantía de sus derechos humanos fundamentales.

Esta situación influye directamente en el estatus jurídico que los sistemas legales nacionales establezcan con respecto a los romaníes que habitan sus territorios, y por tanto en los derechos concretos que se les reconozcan en cada Estado. De hecho, la minoría romaní no está reconocida como un grupo social particular dentro de cada Estado miembro del Consejo de Europa, e incluso donde sí lo está sigue habiendo cierta ambigüedad acerca de su estatus jurídico y los derechos que le corresponden.

Por lo general, los romaníes son ciudadanos de los Estados en los que viven, lo que implica que deben recibir igual trato que el resto de la población: en principio, tienen los mismos derechos y deberes de todo ciudadano. Al obtener la ciudadanía de un Estado, los romaníes teóricamente tienen la posibilidad de participar en la vida política del país igual que el resto de los ciudadanos. No obstante, lo cierto es que muchas veces puede observarse una aplicación restrictiva o selectiva de los textos en el caso de gitanos e itinerantes, o incluso que en la práctica se actúe contra el espíritu de las normas. Así, dentro de las comunidades romaníes pueden encontrarse –incluso dentro de una misma familia– personas que coexisten teniendo distintos estatus con respecto a su ciudadanía: europeos, no-europeos, personas sin Estado e incluso individuos sin registro que se vuelven totalmente invisibles frente a la ley,³⁰⁴ con contadas excepciones, como las del diputado al Congreso y eurodiputado en el Parlamento Europeo, Juan de Dios Rodríguez Heredia.

³⁰³ MEDDA-WINDISCHER, Roberta, *Old and new minorities: reconciling diversity and cohesion. A Human Rights model for minority integration*, Nomos, Baden-Baden, 2009, p. 40.

³⁰⁴ PERIN, Giulia, “L'applicazione ai Rom e ai Sinti non cittadini delle norme sull'apolidia, sulla protezione internazionale e sulla condizione degli stranieri comunitari ed extracomunitari”, en Paolo BONETTI, Alessandro SIMONI y Tommaso VITALE (eds.), *La condizione giuridica di rom e sinti in Italia*, tomo I, Giuffrè Editore, Milán, 2011, pp. 363-414.

Hay en lo anterior dos asuntos relevantes muy ligados entre sí, uno de fondo y otro de forma: primero, la necesidad de considerar la cultura y las costumbres de la comunidad gitana; segundo, la aplicación en favor de éstos, como ciudadanos de un Estado, de las normas de derecho común que les protegen en cuanto grupo y en cuanto individuos. Al estar ambas cosas relacionadas es muy difícil la evolución, ya que no es común que los textos acepten a grupos sin territorio como minorías a proteger, y en caso de hacerlo no explicitan las consecuencias concretas que eso tiene.

La igualdad ante la ley de las personas, por tanto, es un principio que no siempre se aplica en la realidad. Por ejemplo, se ponen trabas legales y administrativas a su libre circulación (que es constitucional), así como a los tipos de trabajo que realizan, dificultando su subsistencia. LIÉGEOIS afirma que los gitanos e itinerantes son sometidos a controles policiales que muchas veces son vejatorios, incluso siendo ciudadanos del Estado dentro de cuyas fronteras se desplazan. Así, por ejemplo, deben llevar un “carnet de circulación” (si son nómadas) o una “libreta de circulación” (si habitan en remolques tipo caravana), y visarlos frecuentemente. El autor observa que incluso dentro de esto se puede ver un peor trato hacia el nómada que hacia el sedentario, pues el primero debe visar el documento mucho más seguido y arriesga penalizaciones mucho más elevadas en caso de no tenerlo consigo. En general, LIÉGEOIS plantea que se da una escala de controles y sanciones que aumenta desde el más estable al más nómada. Por otro lado, si son extranjeros, aun si son de países vinculados por convenios internacionales, les es difícil conseguir permiso de residencia y de trabajo. Todo lo anterior se suma a una apertura en los textos que permite interpretarlos de manera arbitraria, pudiendo así rechazar al nómada debido a conceptos imprecisos y manipulables como “el orden público”, “la moral pública” o “la tranquilidad ciudadana”.³⁰⁵

Estos obstáculos que se les presentan a los romaníes les significan muchas veces grandes dificultades para adquirir el estatus de residente permanente de un Estado, debido a que viven en asentamientos informales o a que les faltan algunos documentos que se les exigen para estos trámites y que por lo general son muy costosos para gente en situación de extrema pobreza, como es el caso de los romaníes.

Los escollos que deben enfrentar también son una muestra de lo precaria que es su situación administrativa, algo que lamentablemente influye en varios aspectos concretos de sus condiciones de vida, pues quedan excluidos de los servicios públicos y los bienes sociales esenciales.³⁰⁶

Por todo lo anterior, puede afirmarse que para la protección de minorías no basta con asegurar el principio de no-discriminación, y que el reconocimiento jurídico que de ellas se haga se relaciona directamente con la afirmación de sus derechos particulares y específicos. Esto último es fundamental para su integración en la sociedad, la cual “debe centrarse en la extensión de derechos y prestaciones sociales”³⁰⁷. En este sentido, aunque la extensión de la ciudadanía universaliza los derechos políticos, en un plano simbólico estos nuevos ciudadanos pueden continuar siendo vistos como extraños a la comunidad

³⁰⁵ LIÉGEOIS, J. P., *Gitanos e itinerantes*, op. cit., pp. 136-137.

³⁰⁶ CONSEJO DE EUROPA, ACMN de la OSCE y EUROPEAN MONITORING CENTER ON RACISM AND XENOPHOBIA, “Breaking the Barriers – Romani Women and Access to Public Health Care”, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2003, p. 7. Disponible en http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/180-ROMA-HC-EN.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

³⁰⁷ GARRETA BOCHACA, Jordi, *La integración sociocultural de las minorías étnicas (gitanos e inmigrantes)*, Anthropos, Barcelona, 2003, p. 90.

nacional por parte de la población autóctona. En general, la idea comunitaria de “lo nacional” se basa en una identidad cultural compartida. Por eso, aunque normalmente el “no nacional” lo constituye el extranjero, también pueden ser considerados así los ciudadanos o grupos de ciudadanos que no compartan esa identidad cultural por su origen étnico o creencias religiosas, por ejemplo.

Al establecerse en las constituciones la igualdad de todos, se prevé generalmente la ayuda a quienes no pueden acceder a esa igualdad por razones económicas, sociales, culturales, etc., y a veces incluso se establece una ayuda a las minorías, sobre todo a las lingüísticas.

En concordancia con lo anterior, puede decirse que el reconocimiento del estatuto jurídico comprende dos etapas distintas: la de la equiparación entre los miembros y grupos de la sociedad (es decir, la no-discriminación), y la de la protección de minorías.³⁰⁸ En esta última entra la definición de sus derechos particulares y la delimitación de sus contenidos.

El caso de los gitanos es bastante significativo en este aspecto, pues su acceso a ciertas prestaciones sociales se ve dificultado por su carácter itinerante y el concepto de domicilio fijo que aparece siempre en las reglamentaciones. Por ejemplo, no pueden recibir ayudas para la vivienda en formas de acceso a la propiedad o subsidio regular, si viven en caravanas que no están reconocidas para ese fin como vivienda. De hecho, en España incluso se ponen trabas para que las utilicen como tales, prohibiéndose la instalación o el estacionamiento provisional de las mismas. En esto último, cabe mencionar que se trata de ordenanzas municipales que contravienen la legislación nacional, la cual permite a las caravanas estacionarse igual que el resto de vehículos en los lugares establecidos, siempre que las actividades desarrolladas por sus ocupantes tengan lugar dentro de la misma, sin extender toldos o sacar sillas, por ejemplo. Sin embargo, son muchos los casos en que un ayuntamiento ha puesto carteles que prohíben estacionar a las caravanas, algo totalmente discriminatorio.

De este modo, “[l]os efectos conjugados de las distintas reglamentaciones existentes transforman el nomadismo en vagabundeo”³⁰⁹, poniendo dificultades que rigidizan una organización que se caracteriza justamente por su flexibilidad, volviendo su economía más precaria aun. Esto, sumado a las trabas administrativas y reglamentarias que deben enfrentarse para realizar sus actividades económicas –artesanía, trabajos agrícolas temporeros, trabajos de recuperación–, las cuales ya se ven dificultadas por la mecanización y modernización del trabajo en general.

Por lo tanto, el conjunto normativo constriñe a gitanos e itinerantes en general, impidiéndoles desplazarse según sus necesidades y preferencias, detenerse en buenas condiciones, trabajar y escolarizar a sus hijos. Además, estas reglas forman un círculo vicioso, pues al movilizarse la caravana por obligación y no por decisión propia, se pierde la fuente de ingresos, su dinamismo y su capacidad de adaptación, destruyendo al grupo culturalmente y haciéndolo depender económicamente del Estado por medio de prestaciones sociales a las que les es muy difícil acceder.

Como se ha mencionado, la definición legal que se establezca del grupo en cada Estado es importante, en primer lugar, debido a sus posibles efectos en la percepción que

³⁰⁸ GARRETA BOCHACA, J., *La integración sociocultural de las minorías étnicas (gitanos e inmigrantes)*, *op. cit.*, p. 92.

³⁰⁹ LIÉGEOIS, J. P., *Gitanos e itinerantes*, *op. cit.*, p. 138.

su población general tenga del mismo, y por tanto en la relación que se desarrolle entre mayoría y minoría. En este sentido, resulta significativo que a veces la ley no se adecúe en absoluto a la realidad y el origen del grupo al que define, como es el caso de Francia, por ejemplo. En general, puede decirse que la mayoría de los romaníes son sedentarios y que son sólo algunos pocos grupos los que llevan un tipo de vida nómada o semi-itinerante. No obstante, la legislación francesa, además de no reconocer la existencia de minorías nacionales dentro de las fronteras del Estado, establece la categoría de “*gens du voyage*” (viajeros) para incluir a aquellas personas itinerantes que viven en hogares móviles, sin hacer ningún tipo de distinción étnica dentro de esa clasificación. En Italia, por otro lado, se firmó el “Decreto de Emergencia Nómada”³¹⁰, donde tampoco se distingue por nacionalidad, etnia o inclinación a vida itinerante dentro del término “nómada”, en el que se incluye a todo individuo que viva en situación de marginalidad y segregación en los campos de nómadas.

En segundo lugar, el reconocimiento del estatus legal de grupos etno-lingüísticos implica otorgarles determinados derechos culturales y de participación, cuyos grados pueden variar. Su mención explícita en la Constitución de un Estado, por ejemplo, significa reconocerlos como parte de una comunidad política, favoreciendo así su inclusión. Para BALDIN, además de constituir esto algo que favorezca a las minorías, puede de hecho ser beneficioso para el país en general, pues de ese modo se pueden suavizar ciertos reclamos nacionalistas que en ocasiones, de no adquirir un grupo el estatus de minoría, pueden llegar a punto muerto.³¹¹

En general, la definición que se dé al grupo depende de varios factores, tales como su número y ubicación en el país, sus aspiraciones, la aproximación que el Estado adopte hacia sus minorías y la tendencia política dominante. A continuación se analizarán los distintos tipos de reconocimiento jurídico que se han hecho en los Estados europeos de las minorías nacionales en general y de los romaníes en particular, de acuerdo con las perspectivas que han seguido al respecto.

1.4.1 TIPOS DE RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS ROMANÍES EN EUROPA

De acuerdo con CAPOTORTI, puede decirse que los Estados han seguido cuatro enfoques distintos en cuanto al reconocimiento de minorías en general en sus sistemas legales. En primer lugar está la declaración constitucional de la existencia de grupos particulares dentro de sus fronteras, y del derecho de sus miembros a tener un régimen especial, sobre todo en relación con el desarrollo de su cultura y el uso de su lengua. Por otro lado, está la afirmación de algunas minorías y derechos especiales de sus integrantes, en base a instrumentos jurídicos internacionales *ad hoc*. Un tercer grupo lo constituyen los Estados que han hecho una identificación implícita de ellas, a través de leyes o medidas administrativas acerca del desarrollo de la cultura de algunos grupos lingüísticos. Finalmente, está también el no reconocimiento de minorías en el sistema legal, que puede ir de la mano con una actitud política de negación absoluta de su existencia o una actitud

³¹⁰ Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de Italia, de 21 de mayo de 2008, “Dichiarazione dello stato di emergenza in relazione agli insediamenti di comunita' nomadi nel territorio delle regioni Campania, Lazio e Lombardia.” Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, nº 122, de 26 de mayo de 2008, p. 9.

³¹¹ BALDIN, S., “The protection of the Romani language and the itinerant lifestyle of Roma minorities...”, *op. cit.*, p. 15.

oficial de neutralidad que permite que se tomen medidas culturales o lingüísticas de forma particular.³¹²

TONIATTI, por su parte, también ha elaborado una clasificación que reconoce cuatro modelos de reconocimiento jurídico de la diversidad: a) Estado nacionalista represivo, b) Estado liberal-agnóstico, c) Estado nacional de vocación multinacional y promocional y d) Estado multinacional igualitario.³¹³

El primer enfoque es aquél que intensifica el elemento nacional unitario de la composición de la población del Estado, negando la presencia de minorías nacionales en su territorio. En general, es un ordenamiento de fuerte connotación étnico-nacionalista que reprime totalmente la diversidad, y quizás su mejor ejemplo lo constituye la Alemania nazi. Evidentemente, en este modelo los romaníes quedan excluidos de cualquier tipo de protección, lo que quedó de manifiesto con el *porraimos* o genocidio gitano por parte de los nacionalsocialistas durante la Segunda Guerra Mundial.

Los sistemas liberal-agnósticos, por otro lado, se basan en la coincidencia entre nacionalidad y ciudadanía, y se mantienen indiferentes ante las características particulares de las minorías. Como se rigen por el principio de la igualdad formal, no reconocen formalmente a los romaníes como minoría nacional. Un caso que encarna esta aproximación es el de Francia.

El tercer grupo es el de países que limitan el disfrute de derechos de minorías únicamente a los ciudadanos del Estado, y es en esta categoría donde puede incluirse la gran mayoría de países europeos. Alemania puede citarse como el ejemplo más paradigmático dentro de este modelo.

Finalmente, los Estados multinacionales igualitarios son aquéllos que reflejan en su legislación la multinacionalidad real de su sociedad. Por lo tanto, reconocen a todos los individuos romaníes que habiten su territorio como miembros de una minoría nacional, sin importar si tienen la ciudadanía o no. Suecia, por ejemplo, no ha especificado las categorías de minorías que caben dentro de la protección del CPMN, pero su práctica muestra que aplica los derechos que establece el Convenio tanto para ciudadanos como no-ciudadanos suecos.³¹⁴

También podemos clasificar los enfoques de los gobiernos europeos con respecto a los romaníes de acuerdo con la tipología propuesta por MARKO, en base a la adopción de políticas de exclusión, de asimilación, de integración y de derechos de minorías.³¹⁵ Estas perspectivas reflejan distintas respuestas a dos preguntas básicas acerca de los romaníes: si deberían ser tratados como un grupo distinto o como individuos miembros de una sociedad más amplia, y si las políticas sobre romaníes deberían ser perseguidas a través de medios coercitivos o con respeto a sus derechos. En base a esto, un gobierno

³¹² CAPOTORTI, F., *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, op. cit., párrs. 59-81 (pp. 12-15) y párr. 569 (p. 96).

³¹³ TONIATTI, Roberto, "Minoranze e minoranze protette. Modelli costituzionali comparati", en Tiziano BONAZZI y Michael DUNNE (eds.), *Cittadinanza e diritti nelle città multiculturali*, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 273-307.

³¹⁴ PALERMO, Francesco, "Rom e sinti come minoranza. Profili di diritto italiano e comparato e di diritto internazionale", en Paolo BONETTI, Alessandro SIMONI y Tommaso VITALE (eds.), *La condizione giuridica di rom e sinti in Italia*, tomo I, Giuffrè Editore, Milán, 2011, pp. 151-174, p. 162.

³¹⁵ MARKO, Joseph, "Equality and Difference: Political and Legal Aspects of Ethnic Group Relations", en Franz MATSCHER (ed.), *Wiener Internationale Begegnung zu aktuellen Fragen nationaler Minderheiten / Vienna International Encounter on some current issues regarding the situation of national minorities*, N.P. Engel Verlag, Kehl, Estrasburgo y Arlington, 1997, pp. 67-97.

coercitivo que trata a los romaníes como un grupo distinto adoptará una política de *exclusión* al respecto; uno que los considere como personas individuales dentro de la sociedad, preferirá la *asimilación*. Por otro lado, uno gobierno que se fundamente en el respeto a los derechos de los romaníes puede tratarlos también como individuos miembros de una sociedad más amplia, y adoptará así una política de *integración*; si los comprende como un grupo distinto de la mayoría, en cambio, preferirá una basada en los derechos de minorías. RINGOLD, ORENSTEIN y WILKENS presentan una tabla que ilustra muy bien estos cuatro grupos posibles³¹⁶:

	Medios coercitivos	Medios basados en derechos
Trato como un grupo distinto	EXCLUSIÓN	DERECHOS DE MINORÍAS
Trato como individuos	ASIMILACIÓN	INTEGRACIÓN

Si bien las distintas clasificaciones expuestas difieren en algunos criterios utilizados para la distinción de los enfoques, también es cierto que coinciden en ciertos aspectos. En primer lugar, puede decirse que los tres autores identifican al menos un tipo de modelo que no reconoce a los romaníes y por lo tanto les deja fuera de la protección del CMPMN. Se trata del último grupo que plantea CAPOTORTI, que coincide con los Estados nacionalista-represivos y liberal-agnósticos de TONIATTI y con las políticas de exclusión que presenta MARKO.

Ahora bien, de los 47 miembros del Consejo de Europa, son ocho los que no han reconocido a ninguna minoría dentro de sus sistemas legales (incluyendo a los romaníes, naturalmente). De ellos, cuatro son miembros de la UE y uno es candidato oficial a la organización.³¹⁷ No puede decirse, entonces, que se trata de un modelo dominante en Europa, al menos en términos formales, pues son una minoría. Además, en muchas ocasiones esto se debe a la presencia cuantitativa del grupo en la sociedad, pues en buena medida es la proporción de población romaní en relación con la nacional de cada Estado un factor que explica los diferentes enfoques político-legales que se han desarrollado en ellos. En los “micro-Estados” de la Unión Europea (Luxemburgo y Malta), por ejemplo, la población nacional es bastante homogénea, y los romaníes (así como otras minorías) no se benefician de ningún reconocimiento especial.

Entre los Estados que sí reconocen al menos a alguna minoría habitando dentro de sus fronteras, cabe mencionar que hay varios que no incluyen a la romaní dentro de ellas. Italia y Portugal, por ejemplo, la excluyen de la protección que sí brindan a otras minorías lingüísticas históricas, debido a que supuestamente sus miembros no tienen residencia estable en sus territorios.³¹⁸ Dinamarca, por otro lado, niega a los romaníes el

³¹⁶ RINGOLD, Dena, Mitchell A. ORENSTEIN y Erika WILKENS, *Roma in an expanding Europe. Breaking the poverty cycle*, Banco Mundial, Washington D.C., 2005, p. 14.

³¹⁷ Hasta ahora, sólo cuatro países no han firmado ni ratificado el CMPMN: Andorra, Francia, Mónaco y Turquía, y otros cuatro lo han firmado pero no ratificado: Bélgica, Grecia, Islandia y Luxemburgo. Véase el estado de firmas y ratificaciones del tratado en el sitio web del Consejo de Europa, en <https://www.coe.int/en/web/minorities/etats-partie> [última visita: 27 de octubre de 2017].

³¹⁸ Portugal no ha ratificado la Carta pero en su Ley 7/99, de 29 enero 1999, da reconocimiento oficial al mirandés. MERLÁN, Aurelia, *El mirandés: situación sociolingüística de una lengua*

estatus de minoría nacional principalmente debido a la falta de una presencia histórica continua de personas de ascendencia romaní en el país³¹⁹, y Chipre incluye a sus miembros dentro del grupo turco.³²⁰ Finalmente, cabe mencionar dos casos de países que han firmado pero no ratificado el CMPMN, y que dan cierta protección a algunas comunidades pero no a los romaníes: se trata de Grecia, que los considera dentro de la comunidad musulmana (único grupo reconocido como minoría)³²¹, y Bélgica, que garantiza protección sólo a otras minorías lingüísticas.³²²

Todos estos países, por tanto, corresponden al cuarto grupo que plantea CAPOTORTI, pudiendo clasificarse como Estados nacionalista-represivos o liberal-agnósticos según la tipología de TONIATTI³²³, pues niegan el estatus de minoría a los romaníes y aplican así políticas de exclusión al respecto.

Los demás Estados efectivamente reconocen el estatus de minoría de los romaníes, ya sea mediante estatutos especiales o como consecuencia de su ratificación del CMPMN (en varias opiniones y recomendaciones, el Comité Asesor ha considerado a los romaníes como grupo bajo la protección del Convenio). A pesar de ser la minoría más numerosa en varios de ellos, lo cierto es que muy pocos son los que los reconocen expresamente en sus constituciones, correspondiendo al primer grupo que presenta CAPOTORTI. Ejemplos de Estados que sí lo hacen son Finlandia (que en el artículo 17 de su Constitución se refiere a los romaníes como “grupo” y que en otros documentos los califica como “minoría nacional”), Eslovenia (cuya Carta Magna los trata como “comunidad” en su artículo 65), Macedonia (que se refiere al “pueblo” romaní en el preámbulo de su Constitución y al mismo grupo como “minoría nacional” en otras actas)

minoritaria en la zona fronteriza portugueso-española, Academia de la Llingua Asturiana, Oviedo, 2009, pp. 104-105. Italia, por su parte, sin ratificar tampoco la Carta, ha promulgado la Ley 482/1999, con la que otorga protección a “la lengua y cultura de las poblaciones albanesas, catalanas, germánicas, griegas, eslovenas, croatas y de las que hablan el francés, el franco-provenzal, el friulano, el ladino, el occitano y el sardo (artículo 2)”. PIERGIGLI, Valeria, “Las minorías lingüísticas en el ordenamiento italiano: desarrollos normativos recientes”, *Revista de Derecho Político* nº57, 2003, pp. 31-59, p. 45.

³¹⁹ MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES E INTEGRACIÓN DE DINAMARCA, Presentación de la Estrategia Nacional de Inclusión de los Romaníes ante la Comisión Europea, Copenhague, 2011, p. 2. Disponible en internet en http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_denmark_strategy_en.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

³²⁰ TRIMIKLIOTIS, Nicos y Corina DEMETRIOU, “The Cypriot Roma and the failure of education: anti-discrimination and multiculturalism as a post-accession challenge”, en Andrekos VARNAVA, Nicholas COUREAS y Marina ELIA (eds.), *The minorities of Cyprus: development patterns and the identity of the internal-exclusion*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle-upon-Tyne, 2009, pp. 241-264.

³²¹ En el Tratado de Lausana de 1923 se reconoce a la musulmana como la única minoría en Grecia, y se afirma que ésta se compone de tres grupos que comparten esa religión, a pesar de tener sus propias lenguas y tradiciones culturales: los de origen turco, pomak y romaní. COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, *Informes de los Estados parte bajo el artículo 9 de la Convención: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, 19º informes periódicos de los Estados partes en 2007, Grecia, 7 julio 2009, CERD/C/GRC/16-19, p. 9. Disponible en www.refworld.org/docid/4aa7b7562.html [última visita: 27 de octubre de 2017].

³²² Se les brinda protección a las comunidades de habla francesa, flamenca y alemana. CONSEJO DE EUROPA, *Minority language protection in Europe: into a new decade*, Regional or Minority Languages nº 8, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2010, pp. 52-66. En cambio, ni siquiera parece haber educación del romaní en Bélgica, quizás por su bajo porcentaje de población en el país. EXTRA, Guus y Durk GORTER (eds.), *The other languages of Europe*, Multilingual Matters, Clevedon, 2001, pp. 300 y 306.

³²³ De hecho, el autor ejemplifica las características de los sistemas liberal-agnósticos con Italia.

y Kosovo (que define a los romaníes como “comunidad” en el artículo 64 de su Constitución y como “minoría nacional” en otros documentos).

Resulta complejo etiquetar a los países en las distintas categorías propuestas por los autores mencionados, debido a que los criterios con los que éstos han elaborado sus clasificaciones no coinciden del todo. Por ejemplo, es interesante destacar que, mientras algunos casos pueden resultar muy positivos para CAPOTORTI porque incluyen a dicha comunidad dentro de los textos constitucionales, para TONIATTI en cambio, estos mismos pueden incluso situarse dentro del modelo liberal-agnóstico porque en estricto rigor no hay un reconocimiento de ella como “minoría nacional” propiamente tal sino como “minoría étnica”, “pueblo”, “comunidad” o “grupo”. En este sentido, como “minoría nacional” es reconocido el grupo en Alemania, España³²⁴, Irlanda, Suecia, República Checa, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania, Rumania y Bulgaria. Como “grupo étnico”, por otro lado, los definen Austria³²⁵, Reino Unido, Hungría y Polonia.

Lo cierto es que, en términos prácticos, a veces la variedad de definiciones legales es solamente formal, ya que la distinción entre minoría “nacional” y “étnica”, por ejemplo, no influye mucho en el disfrute de sus derechos porque ambos grupos tienen de hecho los mismos conjuntos de derechos.

Un ejemplo de esto último es el caso de Reino Unido, que si bien define a los romaníes como “grupo étnico”, aplica la protección que les brinda tanto a ciudadanos como no ciudadanos del Estado, pudiendo afirmarse que sigue el modelo multinacional igualitario de TONIATTI. Por otro lado, mientras Alemania reconoce a los romaníes como “minoría nacional”, en realidad sólo incluye a aquéllos que tienen la ciudadanía alemana bajo la protección que corresponde a estos grupos, dejando fuera de ella a quienes no la han podido conseguir. Como se ha dicho, éste es el caso de la mayoría de los Estados europeos.

A raíz de esta variedad de posiciones que han adoptado los distintos Estados con respecto al trato que dan a sus minorías en general y a la comunidad romaní en particular, es que BALDIN distingue entre dos tipos de aproximaciones generales de las políticas de identificación del grupo, divididas geográficamente. En concreto, afirma que “el bajo número de romaníes en Europa occidental, su dispersión en cada país y/o una cierta

³²⁴ El caso de España será abordado en profundidad más adelante, pero cabe mencionar mientras tanto que de manera oficial los romaníes no están reconocidos como “minoría nacional”, pero que el Estado los ha incluido como único grupo bajo la protección del CMPMN. ARP, Björn, “La protección de las minorías nacionales vista desde el Consejo de Europa: la opinión del Comité Consultivo del Consejo de Europa para las Minorías Nacionales”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, nº 2, 2004, pp. 1023-1028, pp. 1024-1025.

³²⁵ El caso austriaco es especialmente interesante, pues el reconocimiento oficial de los romaníes como “grupo étnico” en Austria es relativamente reciente, pues fue en 1993 cuando el Parlamento lo aprobó de forma unánime. Sin embargo, casi veinte años antes, en 1976, se había dictado la Ley de Grupos Étnicos o *Volksgruppengesetz*, que protegía a todos estos colectivos en el país, incluyendo a los romaníes. De todos modos, esta normativa exigía un 25% de población relativa para gozar de sus beneficios (el 2000 esta cifra se redujo al 10%), lo que dificulta que la situación real de los romaníes mejore si no va acompañada de una voluntad política. El grupo ya reunía objetivamente los criterios de la ley para ser considerado como grupo étnico —ser ciudadanos austriacos, tener un lenguaje y una cultura propios y ser autóctonos—, pero se objetaba este último por su carácter tradicionalmente migrante. Ante esto, se argumentó que era un hecho histórico que su asentamiento en territorio austriaco tenía muy larga data, por lo que podían considerarse como autóctonos. TORRES GUTIÉRREZ, A., *Minorías y multiculturalidad en Austria*, op. cit., pp. 264-265.

actitud nacional hacia el reconocimiento estatal de las minorías (o de este grupo en particular), han proporcionado el pretexto para que varios sistemas legales no garanticen a los romaníes el estatus oficial de minoría. Por el contrario, en países orientales o del centro, donde se reconoce a los romaníes como un prerrequisito para la adhesión a la UE, la situación depende del tipo de reconocimiento.”³²⁶

Como se puede apreciar, el hecho de no considerar a los romaníes como minoría nacional se da en la menor parte de los casos en Europa, y no puede decirse que se trate de la regla general. La mayoría de los Estados, en cambio, ha optado por reconocer de alguna manera el estatus jurídico de minoría nacional a esta comunidad. Sin embargo, como se puede desprender de las distintas clasificaciones que presentan los autores citados, este solo hecho no significa necesariamente que se garantice la protección de los derechos de sus miembros: países que los incorporan en esta categoría pueden tener criterios distintos a la hora de definir lo que se entiende por “minoría nacional” (incluir en ello a los que no son ciudadanos del Estado o no, por ejemplo) y también pueden aplicar distintos tipos de políticas en base a eso mismo y a los medios que utilicen, como sugiere MARKO.

Por lo anterior, puede afirmarse que son muchas las variables en juego cuando se trata de evaluar la protección real que se les garantiza a los romaníes. Es cierto que su afirmación legal como minoría nacional es un factor fundamental que tiene muchas consecuencias significativas no sólo en el ámbito jurídico sino también en el social, pero es importante destacar que no es lo único que debe tomarse en cuenta. Es necesario considerar también las definiciones que se establezcan de los distintos conceptos con los que se caracterice a un grupo, y evaluar los tipos de políticas que se aplican para dar solución a sus problemas. Por eso, aunque en términos formales sean pocos los Estados que excluyen e ignoran a los romaníes, no es de extrañar que MEMO afirme que “al pasar de una perspectiva *de jure* a una *de facto* en el reconocimiento de derechos económicos y sociales de los romaníes, es decir, de una aplicación formal a una substancial del principio de igualdad dentro de los distintos sistemas nacionales, el modelo constitucional que generalmente se aplica en Europa es el modelo ‘represivo’”, aludiendo al propuesto por TONIATTI.³²⁷

Debido a lo anterior, resulta pertinente hacer una revisión de la legislación que en Europa se ha desarrollado con respecto a los romaníes, rescatando los instrumentos generales de protección de minorías como los que se han dedicado en particular a su caso.

³²⁶ BALDIN, S., “The protection of the Romani language and the itinerant lifestyle of Roma minorities...”, *op. cit.*, p. 18: “the low number of Roma in western Europe, their dispersion in every country and/or a certain national attitude in order to the State recognition of minorities (or this group in particular), have provided the pretext to several legal systems not to grant Roma the official status of minority. On the opposite, in central and Eastern countries where Roma are recognized as a prerequisite for the admission to the EU, the situation relies on the type of recognition.” Traducción propia.

³²⁷ MEMO, S., “Roma as a Pan-European minority?...”, *op. cit.*, p. 132: “Nonetheless, when moving from a *de jure* to a *de facto* perspective in the recognition of economic and social rights for Roma, i.e. from a formal to a substantial application of the equality principle within the different domestic systems, the constitutional model that generally applies throughout the EU is the ‘repressive’ model.” Traducción propia.

1.4.2 LEGISLACIÓN SOBRE LOS ROMANÍES EN EUROPA

Para la protección de sus derechos, la minoría romaní puede en primer lugar hacer uso de los instrumentos europeos de protección de minorías nacionales que ya se han revisado en el primer capítulo. Sabemos que, tanto desde la perspectiva de los especialistas como de organizaciones como el Consejo de Europa, los romaníes deben ser considerados como una minoría nacional aunque no se le reconozca como tal en el Estado en que residan: en la práctica muestra que es evidente que constituyen una.

De todos modos, además de esas instancias y documentos, existen también algunos instrumentos específicos que se han dedicado al grupo romaní en particular, considerando la importancia de su presencia en Europa, la singularidad de su caso y la situación extremadamente desfavorable en que viven. A continuación se exponen algunos de los instrumentos más significativos que se han desarrollado en las tres esferas geojurídicas en Europa, con menciones o dedicación especial a este colectivo.

a) Unión Europea

Como ya se ha dicho, la Unión Europea lleva un buen tiempo enfocándose en el respeto de los derechos humanos y de las minorías, exigiendo que se cumpla con esto para ingresar a la organización. De esa manera, formalmente la protección de la minoría romaní es concebida como una de sus prioridades. Además, para que los Estados candidatos puedan cumplir con esta exigencia, ha destinado recursos económicos para mejorar sus condiciones de vida, en especial en cuanto a educación, trabajo y vivienda.

No obstante, la legislación de la Unión Europea dedicada a la protección de minorías no es muy abundante, y se basa fundamentalmente en el principio de no-discriminación, que ya hemos visto es insuficiente para asegurar el cumplimiento de los derechos de sus miembros pues se requiere que los Estados tomen medidas concretas al respecto.

Esto es así especialmente para el caso de los romaníes, que además de ser un pueblo extremadamente discriminado y segregado, vive en condiciones socioeconómicas muy lamentables, en ámbitos tan relevantes como la salud, la educación, el trabajo y la vivienda; todos, aspectos que requieren especial atención en cuanto a la aplicación de medidas concretas. Esto, debido a que la falta de trabajo impide mejorar esas condiciones y la educación de los niños, por ejemplo, en un círculo vicioso que DE SCHUTTER y VERSTICHEL denominan “racismo institucional”: “una situación de exclusión racial que puede no ser atribuida a ningún acto, regulación o política en específico, pero que es resultado de que un grupo racial particular sea puesto sistemáticamente en una posición de desventaja en todas las áreas de la vida social, de manera que los instrumentos clásicos anti-discriminación son insuficientes para asegurar la integración social y profesional de sus miembros.”³²⁸

En el caso de los romaníes, la protección de sus derechos no requiere solamente de instrumentos que combatan la discriminación –aun si es de manera efectiva–, sino

³²⁸ DE SCHUTTER, O. y A. VERSTICHEL, “The role of the Union in integrating the Roma...”, *op. cit.*, p. 28: “a situation of race-based exclusion which may not be attributed to any specific act, regulation, or policy, but which is the result of a particular racial group being systematically placed in a disadvantaged position in all areas of social life, so that classical anti-discrimination tools are insufficient to ensure the social and professional integration of its members.” Traducción propia.

principalmente que puedan poner fin a la segregación que han sufrido a lo largo de los años y que explica que en la actualidad vivan en condiciones muy precarias.

Por lo anterior es que hay quienes afirman que instrumentos como la *Racial Equality Directive* a la que se hacía alusión en el primer capítulo, no son suficientes para brindar una protección adecuada a los romaníes.³²⁹ Este documento, por ejemplo, aunque es vinculante, permite que se adopten acciones positivas, pero no obliga a ello.

Además, la misma aproximación de esta Directiva con respecto a la discriminación es un enfoque *a posteriori*, garantizando remedios efectivos a quienes resulten víctimas de discriminación. Sin embargo, para el caso de los romaníes es igual o incluso más importante adoptar una mirada proactiva que se oriente a asegurar su integración en la sociedad en toda situación, aun si no se constata discriminación hacia sus miembros. Como bien afirman DE SCHUTTER y VERSTICHEL, en este caso el asunto no es sólo que a un individuo romaní postulando a un trabajo o buscando que su hijo vaya a la escuela, se le niegue el trabajo o la posibilidad de matricularse; lo relevante aquí es que una comunidad entera debería ser integrada cuando durante tantos años ha sido objeto de exclusión y segregación sistemáticas. Como es lógico, esa integración real requiere políticas económicas y sociales activas dirigidas a este fin.³³⁰

Por otro lado, incluso la prohibición de la discriminación es bastante limitada en esta Directiva, en relación con las necesidades de la minoría romaní. En cuanto al ámbito de aplicación material de la misma, por ejemplo, cabe señalar que no se prohíbe la discriminación en la emisión de documentos administrativos. Para este colectivo se trata de un aspecto muy significativo, pues por lo general se requieren estos papeles para poder obtener beneficios sociales y servicios públicos destinados a la integración de personas o grupos marginados. En el caso de los romaníes es muy frecuente que no tengan documentos de identidad, certificados de nacimiento u otros documentos que certifiquen su estatus legal. Además, fuera de ser económicamente costosos, muchas veces se exige atestar un domicilio fijo para obtenerlos, lo que desde ya constituye una gran dificultad para los romaníes, en especial para los que aún conservan un estilo de vida nómada o semi-nómada y viven en caravanas.

Además, si bien esta Directiva prohíbe la discriminación por origen étnico o racial, no incluye la nacionalidad dentro de los motivos por los que no se puede discriminar. Considerando que en ocasiones los romaníes no pueden optar a la ciudadanía y pueden incluso a quedar en situación de personas “sin Estado”, quedando en algunos países como “no nacionales”, se trata de un asunto importante para este grupo. Esto, porque así podría interpretarse que la Directiva no es aplicable en algún caso de discriminación; incluso la normativa para adquirir la nacionalidad podría no ser objeto de atención de esta Directiva, aun si tuviera efectos discriminatorios en algunos grupos étnicos o raciales.

Otros documentos que también pueden brindar cierta protección a los romaníes son la antes mencionada *Employment Framework Directive*³³¹, la Directiva 2003/86/CE³³²

³²⁹ DE SCHUTTER, O. y A. VERSTICHEL, “The role of the Union in integrating the Roma...”, *op. cit.*, p. 26.

³³⁰ DE SCHUTTER, O. y A. VERSTICHEL, “The role of the Union in integrating the Roma...”, *op. cit.*, p. 39.

³³¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000.

³³² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Diario Oficial de la Unión Europea nº L 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12-18.

y la Directiva 2003/109/CE³³³. De todos modos, al ser diseñados para las necesidades de otros asuntos (igualdad laboral, reagrupación familiar y residentes de largo tiempo de terceros países, respectivamente), estos instrumentos pueden resultar incluso más difíciles de aplicar que la *Racial Equality Directive* para el caso de los romaníes. Las dos últimas, por ejemplo, fueron pensadas particularmente para los inmigrantes.

Por otra parte, cabe destacar en la Unión Europea algunas resoluciones que el Parlamento ha aprobado con respecto a la minoría romaní. En primer lugar, puede identificarse una del 28 de abril del 2005³³⁴, que antes que todo condena la discriminación hacia sus miembros, siguiendo la tónica de la institución en cuanto a su aproximación al problema. No obstante, ya en su artículo 2 es posible identificar un elemento bastante significativo: el llamamiento al Consejo, a la Comisión, los Estados miembros y los países candidatos, a reconocer a los romaníes como minoría europea. Esto denota preocupación por uno de los aspectos más importantes para la protección de estos grupos: el reconocimiento de su estatus de minoría. Como se ha visto, éste no siempre se realiza en todos los Estados, lo que implica que queden fuera de la protección de los derechos de minorías nacionales que brindan los tratados internacionales que firmen. Con una definición legal de los romaníes como minoría europea, además de entenderse que se trata de una minoría nacional, se estaría reafirmando que se les debe situar inmediatamente dentro de la protección que a nivel continental se establezca para estos grupos. Por eso mismo, en el artículo 27 de esta resolución el Parlamento Europeo pide a la Comisión que plantee el asunto de la población romaní a nivel paneuropeo, con especial atención a los países candidatos a la organización.

Fuera de lo anterior, la resolución hace un llamado a adoptar medidas concretas para solucionar los problemas de la comunidad romaní en distintos ámbitos: contra el odio hacia esta población (artículo 3), para la promoción de su cultura (artículo 9), para su mayor participación en las elecciones políticas –como votantes y candidatos– (artículo 11) y contra la segregación escolar (artículo 15). Además, destaca la falta de documentos oficiales como obstáculo para los romaníes en el ejercicio de sus derechos y el acceso a ciertos servicios (artículo 13), aspecto que ya se ha visto constituye un problema relevante para esta comunidad.

Poco más de un año después, el Parlamento Europeo aprueba otra resolución³³⁵, manifestando nuevamente su preocupación por la situación de la minoría romaní en diversos aspectos, como la alfabetización (artículo 5), la vivienda (artículos 6, 7, 8 y 9), la salud (artículo 10) y el empleo (artículo 11). De todos modos, aunque se refiera a estos temas tan variados, cabe señalar que es un documento que se ocupa principalmente de las condiciones de vida de las mujeres romaníes, quienes resultan doblemente discriminadas por sexo y etnia. De esa manera, son mencionadas de forma especial en casi todos los artículos, y algunos se dedican exclusivamente a ellas, mencionándose problemas como la esterilización forzosa, la violencia doméstica, el tráfico de mujeres (artículo 2), la necesidad de una educación inclusiva y de calidad para ellas (artículo 3) y su representación política (artículo 12), entre otros asuntos.

³³³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Diario Oficial de la Unión Europea nº L 16, de 23 de enero de 2004, pp. 44-53.

³³⁴ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 28 de abril de 2005, sobre la situación de la población romaní en la Unión Europea, P6_TA(2005)0151.

³³⁵ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 1 de junio de 2006, sobre la situación de las mujeres romaníes en la Unión Europea, P6_TA(2006)0244.

Por otro lado, cabe destacar también la Resolución del Parlamento Europeo del 31 de enero de 2008, sobre una estrategia europea relativa a la población romaní.³³⁶ Como en el documento de 2005, éste condena en primer lugar el racismo y la discriminación hacia los ciudadanos romaníes, enfatizando que se trata de un asunto que debe situarse dentro de las prioridades de la nueva Agencia de los Derechos Fundamentales (artículos 1 y 4).

Además, en el documento el Parlamento insta a la Comisión Europea a desarrollar una estrategia continental dirigida a la integración de la minoría romaní, incluyendo un plan de acción comunitario al respecto (artículo 6), en conjunto con el establecimiento de una unidad dedicada a este grupo y la aplicación de esta estrategia (artículo 10). También exhorta a la Comisión a luchar contra aspectos concretos como la segregación escolar y el acceso a la educación de los romaníes (artículo 14); la explotación, la mendicidad y el absentismo escolar de los niños romaníes (artículo 15); la discriminación laboral que sufren los miembros de este grupo (artículo 16); su exclusión de la atención sanitaria (artículo 18); su precaria situación de vivienda (erradicar los barrios de chabolas en el artículo 19 y resolver el problema de los asentamientos en el artículo 20).

Un año más tarde el Parlamento Europeo aprueba una nueva resolución acerca de la situación de la población romaní en Europa, haciendo hincapié en el ámbito laboral.³³⁷ En este aspecto, se puede apreciar la estrecha relación que hay entre la precariedad en el empleo de esta población, y su baja cualificación, que obedece a una segregación que les dificulta mucho el acceso a una educación y formación de calidad.

Por otra parte, cabe destacar que en su artículo 15, el documento afirma que este grupo debe enfrentarse a importantes desventajas para el acceso al empleo, pidiendo “la aplicación efectiva de la Directiva 2000/78/CE”. Como se señalaba en el primer capítulo de esta investigación, esta directiva prohíbe la discriminación en el empleo y la ocupación por motivos de credo o religión, discapacidad, orientación sexual y edad, por lo que puede constituir un instrumento al que acudan las minorías nacionales al ver vulnerados sus derechos laborales. Sin embargo, como sugiere la resolución del Parlamento Europeo, parece ser que la directiva en cuestión no está siendo aplicada de modo efectivo, al menos para el caso de la minoría romaní.

En septiembre de 2010 el Parlamento Europeo aprobó una nueva resolución acerca de la situación de la población gitana en el continente, esta vez en relación con la libre circulación dentro de la Unión Europea.³³⁸ Esto, a raíz de las expulsiones de romaníes en Francia y otros Estados, las cuales pide suspender inmediatamente debido a que son medidas que violan los Tratados y el Derecho de la Unión, así como los derechos fundamentales reconocidos en instrumentos europeos dedicados a su protección. En base a esto, en su artículo 9 la organización llama a los Estados miembros a eliminar toda medida que implique una discriminación directa o indirecta hacia la minoría romaní, instando a la vez al Consejo y a la Comisión a supervisar la aplicación de los Tratados y las directivas de la Unión Europea al respecto.

³³⁶ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 31 de enero de 2008, sobre una estrategia europea relativa a la población romaní, P6_TA(2008)0035.

³³⁷ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 11 de marzo de 2009, sobre la situación social de los romaníes y su mejor acceso al mercado de trabajo en la UE, P6_TA(2009)0117.

³³⁸ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 9 de septiembre de 2010, sobre la situación de la población gitana y sobre la libre circulación en la Unión Europea, P7_TA(2010)0312.

Dos aspectos que llaman la atención de este documento son sus artículos 13 y 15. En este último, el Parlamento Europeo lamenta la falta de voluntad política de los Estados miembros demostrada en la poca asistencia a la II Cumbre sobre la Población Gitana. El artículo 13, por su parte, muestra la preocupación que manifiesta el organismo debido a la nula atención que la Comisión ha dado a sus llamamientos de 2008 y 2010 acerca de la necesidad de preparar una estrategia europea para la población gitana dirigida a su integración. En ambos casos se puede observar la relevancia de la voluntad política de las autoridades para llevar a cabo las medidas de protección de derechos de la comunidad romaní, cuya carencia dificulta la efectividad de estas últimas. Por eso, es importante recordar que la sola existencia de resoluciones que muestren preocupación por la situación de los romaníes, no basta para garantizar sus derechos ni mejorar sus condiciones de vida. Es necesario que esto se materialice en legislación vinculante y en medidas concretas.

En este sentido, puede afirmarse que la Unión Europea ha dejado el problema de la inclusión y la integración de los romaníes a discreción de cada Estado miembro, por lo que cada gobierno es libre de adoptar las políticas y los programas que considere necesarios, pero sin estar obligados a ello por ningún medio legal.

Ahora bien, tampoco debe olvidarse que este tipo de documentos *soft law* también cumplen un rol significativo en cuanto a la creación paulatina de un estado de opinión favorable a la protección de derechos de la minoría romaní, que sin duda van pavimentando el camino hacia su aplicación efectiva. Esto puede verse en la resolución que el 2011 aprobó el Parlamento Europeo sobre la estrategia de la Unión para la integración de la población romaní³³⁹, después de las críticas que en la anterior se hicieron a la Comisión. En este documento, el organismo reconoce en primer lugar que la población romaní continúa siendo víctima de discriminación y prejuicios, situación que se ha visto agravada por la pérdida de empleos que ha acarreado la crisis económica y financiera. En base a eso, el Parlamento pide a la Comisión que proponga al Consejo una estrategia de la UE para su integración, sugiriendo diversas medidas y ámbitos en los que centrar la atención.

Estos llamamientos del Parlamento Europeo tuvieron finalmente sus frutos, pues sólo unos meses más tarde la Comisión presentó el Marco Europeo de Estrategias Nacionales de Integración de los Gitanos³⁴⁰, el cual fue adoptado dos meses después por el Consejo Europeo. Este documento pretende ser una guía para las políticas nacionales que se pongan en práctica en los Estados miembros de la UE en favor de los romaníes, así como dotar de ayuda económica para las medidas en pro de la integración. Los aspectos en los que se enfoca este marco son precisamente aquéllos en los que la situación de los romaníes es más vulnerable en cuanto a condiciones de vida: la educación, la salud, el empleo y la vivienda. Se pretende que, de acuerdo con las circunstancias de la población gitana en su territorio, cada Estado establezca sus metas nacionales de integración de la misma, de acuerdo con los objetivos generales de la Unión Europea al respecto.³⁴¹ En base

³³⁹ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 9 de marzo de 2011, sobre la estrategia de la UE para la integración de la población romaní, P7_TA(2011)0092.

³⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA, Marco Europeo de Estrategias Nacionales de Integración de los Gitanos, IP11/400, 5 de abril de 2011. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-400_es.htm?locale=en [última visita: 27 de octubre de 2017].

³⁴¹ Los objetivos en cada ámbito son los siguientes: en educación, que todos los niños gitanos finalicen como mínimo la enseñanza primaria; en salud, reducir las disparidades existentes, como disminuir la mortalidad infantil entre los gitanos; en empleo, reducir las disparidades entre los

a eso, cada país debe elaborar una estrategia nacional y presentarla dentro del año 2011 para evaluación por parte de la Comisión, la cual deberá realizar de manera anual para ver los avances que ha habido al respecto en cada Estado.

Estos informes que presenta la Comisión son de gran importancia no sólo porque se hace una revisión de la puesta en práctica de las medidas establecidas en estas estrategias, sino porque éstas permiten a los diversos organismos analizar el progreso de los distintos ámbitos de la integración de la comunidad romaní en sus respectivas sociedades. Así, pueden identificarse los asuntos más urgentes y necesarios de solucionar de manera actualizada, y fijar la atención en el diseño de medidas para ese fin. Así, por ejemplo, el Parlamento Europeo aprueba una resolución el año 2013 sobre los progresos en la aplicación de las estrategias nacionales de integración de la población romaní, en la cual que condena todo intento de limitar ilegalmente el derecho a la libre circulación de las personas de origen gitano y solicita a los Estados miembros terminar con las expulsiones ilegales. Por otra parte, se les pide también investigar y poner fin a la elaboración de perfiles étnicos, los abusos policiales y otras violaciones de los derechos humanos contra las personas de origen gitano. Todo esto, por los problemas que en ese momento estaban surgiendo en algunos países con respecto a la expulsión masiva de romaníes.³⁴²

b) Consejo de Europa

En general, la doctrina del Consejo de Europa “establece que los Gobiernos de los Estados miembros deben tener en cuenta los problemas específicos de los roma y actuar en consecuencia, por ejemplo, favoreciendo el modo de vida de los que practiquen el nomadismo (p.e. creando lugares de acampada en condiciones satisfactorias) y el alojamiento de aquellos que deseen sedentarizarse, facilitando su vinculación a un Estado, prestando especialmente a la lucha contra la discriminación y la violencia de la que en muchas ocasiones son víctimas, etc.”³⁴³

Como ya se analizó en el primer capítulo, este organismo ha producido varios documentos muy importantes con respecto a la protección de los derechos humanos en general y a la de las minorías nacionales en particular. La comunidad romaní, por tanto, puede acudir a ellos para hacer respetar sus derechos.

No obstante, lo cierto es que estos instrumentos presentan algunas falencias o carencias con respecto a la situación concreta de los romaníes. En primer lugar, el enfoque individualista del CEDH con respecto a los derechos humanos da una protección significativa pero mínima e insuficiente para los miembros de esta minoría y su identidad cultural³⁴⁴, pues su situación y sus demandas exigen muchas veces el reconocimiento de

gitanos y los demás ciudadanos; y en vivienda, eliminar las disparidades en el acceso a la vivienda y a los servicios públicos como el agua y la electricidad. Básicamente se trata de acabar con las desigualdades en todos estos aspectos en los que la situación de los romaníes es más crítica y que tan importantes son para las condiciones de vida de cualquier persona.

³⁴² PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 12 de diciembre de 2013, sobre los progresos en la aplicación de las estrategias nacionales de integración de la población romaní, 2013/2924(RSP).

³⁴³ DEOP MADINABEITIA, X., *La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*, op. cit., p. 443 (véase el capítulo IX, dedicado especialmente a la protección de los romaníes por parte del Consejo de Europa, pp. 271-296).

³⁴⁴ HENRARD, Kristin, “The European Convention on Human Rights and the protection of the Roma as a controversial case of cultural diversity”, *EDAP* 5/2004. Disponible en

una dimensión colectiva de sus derechos. De hecho, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha negado legitimidad a las asociaciones de minorías gitanas para presentar demandas en defensa de los derechos de todos sus miembros, al considerar que la Convención no permite un *acto popularis* de ese alcance, de acuerdo con el artículo 34 del CEDH³⁴⁵ y la jurisprudencia que hay al respecto.³⁴⁶

Por otro lado, como ya se ha mencionado en esta investigación, falta en el CEDH un reconocimiento expreso y detallado de los derechos de las minorías nacionales. Esta omisión dificulta en buena medida el trabajo del TEDH cuando debe analizar y decidir sobre casos concretos que involucran problemas complejos como los que aquejan a la comunidad romaní.

Un buen ejemplo de esto lo constituye el establecimiento de caravanas de gitanos nómadas en Reino Unido, situación que puede verse en cinco casos muy similares para los cuales Estrasburgo dictó sentencia.³⁴⁷ En cuanto a la aplicación del artículo 8 del CEDH, el Tribunal se muestra bastante dividido, obteniéndose un resultado contrario a los intereses de los romaníes por una apretada mayoría de 10 votos contra 7 en todos los procesos. A juicio de Jaime FERRER, aquí el TEDH “ha optado por una posición prudente, de matiz conservador, a la hora de dar respuesta a unos casos que presentan una indudable complejidad fáctica y jurídica. En terminología iusinternacionalista se podría afirmar que la actuación del Tribunal en estos cinco casos se ha limitado estrictamente a la codificación del Derecho Internacional en vigor, dejando de lado otras posibles soluciones más progresistas, como la propugnada por los siete jueces en su opinión disidente, que se sustenta en los desarrollos habidos en el ordenamiento internacional en la última década dirigidos a la protección de las minorías.”³⁴⁸ Esto, pues mientras la sentencia establece que no hubo violación del artículo 8, los jueces Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Strážnická, Lorenzen, Fischbach y Casadevall consideran que es necesario revisar los antecedentes sobre los que la opinión mayoritaria se sustenta, a la luz de las nuevas condiciones actuales y en pos de la efectividad del Convenio. En particular, se refieren al consenso emergente entre los Estados miembros del Consejo de Europa, acerca de la importancia de proteger la seguridad, identidad y estilo de vida de las minorías no sólo por el interés de estos grupos sino también para preservar la diversidad cultural en la sociedad en general.³⁴⁹

Ahora bien, HENRARD afirma por otro lado, que la jurisprudencia de Estrasburgo demuestra una creciente preocupación del Tribunal por la discriminación y la violencia de

www.eurac.edu/en/research/autonomies/minrig/publications/Documents/EDAP/2004_edap05.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

³⁴⁵ El artículo 34 del CEDH establece que “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o *grupo de particulares* que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.” Énfasis añadido.

³⁴⁶ FERRER LLORET, J., “La protección internacional de la minoría romaní (gitanos) en Europa”, *op. cit.*, p. 181.

³⁴⁷ TEDH, Casos Jane Smith v. Reino Unido, solicitud nº 25154/94; Coster v. Reino Unido, solicitud nº 24876/94; Lee v. Reino Unido, solicitud nº 25289; Beard v. Reino Unido, solicitud nº 24882/94, y Chapman v. Reino Unido, solicitud nº 27238/95. Todas las sentencias tienen fecha de 18 de enero de 2001.

³⁴⁸ FERRER LLORET, J., “La protección internacional de la minoría romaní (gitanos) en Europa”, *op. cit.*, p. 187.

³⁴⁹ Chapman v. Reino Unido, pp. 35-36.

la que son víctimas los miembros de la comunidad romaní. De esa manera, ha tenido un desarrollo lento pero positivo al respecto –especialmente en cuanto a la no-discriminación y la protección de la integridad física de los romaníes–, reconociendo que este grupo requiere una protección especial. Además, ha ido dándole cada vez más importancia al derecho de los romaníes a tener un estilo de vida propio en base al artículo 8 del CEDH, y puede verse una tendencia general del Tribunal a restringir progresivamente el margen de apreciación de los Estados en estos ámbitos. La protección de derechos de lenguaje y de educación, no obstante, dejan algo que desear aún.³⁵⁰

También SANDLAND reconoce este avance en el TEDH. Al respecto, afirma que si bien en un comienzo la jurisprudencia de Estrasburgo se fundaba en asegurar esencialmente la igualdad de trato a los romaníes (el autor se refiere en general a la gente itinerante), con el tiempo ha ido incorporando la protección de la diferencia y la identidad cultural de las minorías, pasando progresivamente de una jurisprudencia de la igualdad a una de la diferencia. En base a eso y según el CEDH, ha ido reconociendo también ciertas obligaciones positivas de los Estados hacia la protección de la identidad de las minorías de la discriminación directa e indirecta.³⁵¹

De todas formas, es importante recordar que en el control y la puesta en práctica de los derechos humanos en general, son los tribunales de cada Estado los que juegan un rol crucial, pues como normal general es necesario agotar los medios nacionales antes de acudir a cortes internacionales.

Por otra parte, y como ya se ha señalado, el Consejo de Europa ha aportado a la protección de la comunidad romaní con el CMPMN. Ahora bien, a pesar de su indudable importancia como primer y único instrumento jurídicamente vinculante dedicado expresa y totalmente a la protección de minorías nacionales, hay quienes creen que presenta ciertos defectos con miras a las demandas de la comunidad romaní concretamente. La flexibilidad que da a los Estados parte para llevar a la práctica sus principios en sus legislaciones y políticas nacionales, la ausencia de un mecanismo de quejas o reclamos y la ausencia de una definición de “minoría nacional” son los ejemplos más significativos de ello.

Además, la gran mayoría de los romaníes que habitan países europeos vive en condiciones muy precarias, marginados socialmente y discriminados en casi todos los ámbitos de la vida. Por esta razón, lo cierto es que los aspectos culturales de la preservación de su comunidad no ocupan los primeros lugares de sus prioridades, ya que su mayor preocupación es la supervivencia. Y en este contexto, los romaníes ven el CMPMN como un instrumento que defiende las diferencias culturales y lingüísticas, asuntos que pierden relevancia para una comunidad marginada que debe hacer frente a pobrísimas condiciones de vida. De ahí que las organizaciones que trabajan por mejorar su situación no invoquen mucho su patrimonio cultural y lingüístico al reivindicar sus derechos.

Por estos motivos es que, a diferencia de otros instrumentos del Consejo de Europa como el CEDH, el CMPMN no es tan conocido por parte de la comunidad romaní, la cual no hace mucho uso de él para asegurar el cumplimiento de sus derechos.

³⁵⁰ HENRARD, K., “The European Convention on Human Rights...”, *op. cit.*, p. 22.

³⁵¹ SANDLAND, Ralph, “Developing a jurisprudence of difference: the protection of the human rights of travelling peoples by the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review* nº 8, 2008, pp. 475-516.

De todos modos, está claro que el Convenio debe ser interpretado a la luz del espíritu de su texto, así como en consonancia con otros instrumentos de protección de derechos humanos y derechos de minorías, por lo que el amplio margen de apreciación nacional que da a los Estados no puede usarse para bajar los estándares establecidos en el Derecho Internacional. De hecho, una minoría nacional puede utilizar la flexibilidad del Convenio en su favor. Por ejemplo, se puede usar el espacio político que deja para estimular la discusión acerca de los asuntos de minorías y justificar demandas por reformas de acuerdo con las obligaciones que el CMPMN impone a los Estados parte.

En cuanto a la ausencia de una definición de “minoría nacional” en el texto del Convenio, ya se ha señalado que los Estados parte han definido el concepto de una manera bastante restrictiva, identificándola con lo que es una “minoría histórica” y excluyendo así a diversos grupos minoritarios que requieren de protección. De todas formas, el Comité Consultivo claramente extiende el alcance del convenio a los romaníes, dirigiendo activamente sus asuntos dentro de su jurisdicción y varios Estados aceptan a los romaníes dentro de las minorías protegidas por el CMPMN. Además, en caso de no haber una definición en la legislación nacional de un Estado, cabe recordar que los romaníes no deben ser excluidos de la aplicación del instrumento, pues el Comité Consultivo ha optado por entender que una minoría nacional es un grupo étnico o racial, dentro de lo que naturalmente cabe esta comunidad.

Dentro del texto del Convenio pueden encontrarse varias provisiones relativas a la conservación de la identidad.³⁵² No obstante, y dado que estos aspectos muchas veces son secundarios para los romaníes, es quizás más importante destacar los artículos 4 y 6, que para esta comunidad son de especial relevancia. Éstos tratan sobre la igualdad ante la ley y la no-discriminación, respectivamente; ambos, asuntos muy significativos para sus miembros. En cuanto al artículo 6, es necesario destacar que tiene una relevancia muy significativa si lo analizamos en relación con el problema de la falta de definición de lo que es una minoría, que se mencionaba recientemente. Esto, debido a que son precisamente los grupos raciales o étnicos –y no los nacionales– los más vulnerables a la discriminación. Por ende, resulta más efectivo recurrir al principio de no-discriminación para definir las vulneraciones del CMPMN, antes que la determinación de la existencia de minorías nacionales dentro de un Estado o no: si un Estado negara esta existencia, el mecanismo de control del Convenio quedaría inmediatamente sin efecto, pero si el Comité Consultivo estudiara si hay casos de discriminación contra grupos raciales o étnicos en los Estados, sin importar si hay en ellos minorías o no, probablemente se encontrarían más violaciones a los derechos de estos colectivos.

Por último, es importante destacar también, que si bien puede que el texto del Convenio deje bastante que desear y que la carencia de un mecanismo judicial obligatorio fuerte cuestiona que pueda poner una presión real a los Estados, no hay que menospreciar el trabajo del Comité Consultivo en la interpretación de las normas establecidas en el instrumento. Además de lo que ya se ha mencionado, cabe recordar que en su labor ha sido precisamente la minoría romaní la que mayor atención ha recibido, en buena medida a causa del interés por obtener datos fidedignos acerca del número de sus miembros que viven en los Estados parte. Ya se ha señalado que los romaníes muchas veces no se identifican como tales por miedo a sufrir discriminación o violencia, lo que ha llevado a que las estadísticas que hay al respecto no sean muchas ni

³⁵² En particular, los artículos 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14.

muy confiables: hay censos que sólo recogen la mitad o menos de la población romaní que habita realmente un país.

Por otro lado, y también debido a lo anterior, es que la participación de la comunidad romaní ha sido bastante baja, tanto en los ámbitos social, cultural y económico, como en los sistemas educativos y los medios de comunicación.

Otro instrumento del Consejo de Europa lo constituye la Carta Europea para las Lenguas Regionales y Minoritarias de 1992, que ya se presentó en el capítulo 1 de esta investigación. Si bien se ocupa de un aspecto en particular de la protección de minorías, se ha visto ya lo importante que es el idioma como elemento de identificación cultural. Por eso resulta un documento muy significativo en cuanto a la conservación de la identidad de grupo de estas comunidades. Es cierto que para los romaníes éste es un asunto secundario, dada la prioridad que dan a la mejora de sus condiciones concretas de vida en cuanto a salud, vivienda, educación y trabajo; sin embargo, es un tema de gran relevancia en relación con la discriminación cultural que sufren como minoría. Además, su caso es bastante especial, considerando que el romaní es una lengua con una raíz común pero con sus particularidades en cada Estado, y que se habla en toda Europa, sin circunscribirse a un área geográfica determinada ni siquiera dentro de cada país. Por estos motivos, no goza de reconocimiento ni protección en varios Estados, razón por la que la Carta cobra más importancia aun.

En su primer artículo, la CELRM define lo que entiende por “lengua regional o minoritaria” y por “lenguas no territoriales”, estableciendo que cada Parte se compromete a aplicar la Carta a todas las lenguas comprendidas en esas definiciones. De esa manera, se reconoce implícitamente el romaní como idioma minoritario.

Lamentablemente, la Carta también deja a criterio de cada Estado el reconocimiento de las lenguas minoritarias que haya en su territorio, lo que implica que el romaní sea excluido de la protección que se les brinda a éstas en varios países.³⁵³ Es precisamente el caso de España, que estudia esta investigación. En su ratificación de la Carta, España declara que para efectos de la aplicación de sus artículos, se entienden por lenguas regionales o minoritarias aquéllas que son reconocidas como oficiales en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Illes Balears, Galicia, Valenciana y Navarra. De igual manera, se incluyen en esta definición las lenguas que los Estatutos de Autonomía protegen y amparan en los territorios donde tradicionalmente se hablan. Es decir, el Estado español protege el catalán, aranés, euskera, gallego, occitano, asturiano, leonés y aragonés. Sin embargo, no reconoce el romaní, aclarando que es sólo un centenar de personas las que lo usan, es decir, el 0,01% de los gitanos españoles, mientras en Alemania y Francia alcanza un 70%.³⁵⁴

Por otra parte, cabe recordar también algunas recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que aluden a problemas de la comunidad romaní. Si bien éstas no tienen carácter obligatorio para los Estados parte, sí tienen relevancia e

³⁵³ Estados que reconocen el romaní como lengua minoritaria son Alemania, Austria, Eslovenia, Finlandia, Montenegro, Países Bajos, República Eslovaca, Rumania, Serbia y Suecia. Estados que no lo reconocen como tal son Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia (no ha ratificado la Carta), Letonia, Lituania, Macedonia, Moldova, Noruega, Polonia, Portugal (no ha ratificado la Carta), Reino Unido, República Checa, Rusia, Suiza, Turquía y Ucrania.

³⁵⁴ Informe sobre la aplicación en España de la Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias, 2002, p. 25. En: www.coe.int/t/dg4/education/minlang/Report/PeriodicalReports/SpainPR1_es.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

influencia política y moral, contribuyendo además a la construcción de un estado de opinión al respecto que sin duda constituye un antecedente para la legislación en torno a los asuntos de interés para los romaníes.

En el año 2000, por ejemplo, puede encontrarse una recomendación acerca de la educación de los niños romaníes³⁵⁵, tema que ya se ha visto constituye un asunto clave para mejorar la precaria situación del grupo. En ella, el Comité de Ministros señala que los diseños curriculares y el material educativo de las escuelas debe tomar en cuenta las necesidades de los niños romaníes, así como incluir en sus contenidos la cultura e historia del pueblo romaní (artículo 9 del apéndice). También defiende la posibilidad que debería darse a los niños romaníes de estudiar en su lengua materna (artículo 12 del apéndice). Básicamente, se trata de incentivar a los Estados a que las políticas educativas nacionales que adopten sean acordes con el principio de diversidad y de inclusión de la población romaní, contribuyendo así a la protección de sus derechos y su cultura.

Nueve años más tarde, el Comité de Ministros aprueba nuevamente una recomendación acerca de la educación de la población romaní en Europa³⁵⁶, considerando aspectos tan importantes como su acceso igualitario, la segregación y el uso y enseñanza del romaní. El asunto, al parecer, sigue siendo un problema significativo aun después de tanto tiempo.

Dado que son los aspectos que más preocupan a la comunidad romaní, obviamente el Comité de Ministros también presta atención a los temas concretos que afectan la calidad de vida de sus miembros: el empleo³⁵⁷, la salud³⁵⁸ y la vivienda³⁵⁹.

Especial mención merece la recomendación que aprobó el Comité de Ministros en febrero de 2008, instando a los gobiernos de los Estados miembros a adoptar una estrategia nacional y regional con objetivos a corto y largo plazo para implementar políticas dirigidas contra la discriminación que sufren los romaníes y reforzar el principio de igualdad.³⁶⁰ En este documento, el organismo establece claramente ciertas definiciones de los términos más relevantes del texto y da varias indicaciones para la elaboración, la adopción, la puesta en práctica y el control de dichas estrategias.

Finalmente, también la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha manifestado su preocupación por la situación de la minoría romaní. Mención especial debe hacerse a la recomendación que aprobó el año 2002 acerca del estatus legal de este grupo³⁶¹, aspecto de gran interés para esta investigación. En este documento, la Asamblea recuerda que desde un punto de vista legal, la comunidad romaní aún no es reconocida como una minoría étnica o nacional en todos los Estados miembros, por lo que no disfruta

³⁵⁵ COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación Nº R (2000) 4, de 3 de febrero de 2000, sobre la educación de los niños romaníes en Europa.

³⁵⁶ COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación CM/Rec(2009)4, de 17 de junio de 2009, sobre la educación de romaníes e itinerantes en Europa.

³⁵⁷ COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación Rec(2001)17, de 27 de noviembre de 2001, sobre la mejora de la situación económica y laboral de los romaníes e itinerantes en Europa.

³⁵⁸ COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación Rec(2006)10, de 12 de julio de 2006, sobre el mejor acceso a la salud pública para los romaníes e itinerantes en Europa.

³⁵⁹ COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación Rec(2005)4, de 23 de febrero de 2005, sobre la mejora de las condiciones de vivienda de los romaníes e itinerantes en Europa.

³⁶⁰ COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación CM/Rec(2008)5, de 20 de febrero de 2008, sobre políticas para los romaníes e itinerantes en Europa.

³⁶¹ ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 1557 (2002), de 25 de abril de 2002, sobre la situación legal de los romaníes en Europa.

de los derechos que corresponden a estos colectivos en todos los países correspondientes. Por eso, señala que los romaníes deben ser tratados como miembros de una minoría étnica o nacional en cada Estado parte, y que deben reconocérseles todos los derechos que les corresponden como ciudadanos del país en el que residan. Por ejemplo, el derecho a desplazarse.

De acuerdo con esta recomendación, los Estados miembros del Consejo de Europa deberían completar seis condiciones generales que son necesarias para mejorar la situación de los romaníes. En primer lugar se encuentra resolver su estatus legal, lo cual implica cumplir con los siguientes requisitos:

- reconocer a los individuos romaníes como miembros de una minoría étnica o nacional;
- reconocer el estatus de minoría de las comunidades romaníes;
- garantizar derechos individuales y colectivos a los romaníes;
- dar a los romaníes con residencia legal en los países que habitan, la oportunidad de obtener un carnet de identidad, en los Estados donde exista, y
- firmar, ratificar e implementar totalmente el CMPMN con los derechos sociales protegidos en la Carta Social Europea revisada.

El resto de las condiciones propuestas en la recomendación son las siguientes:

- elaborar programas específicos para mejorar la integración de los romaníes como individuos y como minorías en la sociedad, y asegurar su participación en los procesos de toma de decisiones a niveles local, regional, nacional y europeo;
- garantizar igual trato para la minoría romaní como un grupo étnico o nacional en los campos de educación, empleo, vivienda, salud y servicios públicos;
- desarrollar acciones positivas y trato preferencial a los estratos sociales más desfavorecidos, incluyendo a los romaníes, en educación, empleo y vivienda;
- tomar medidas específicas y crear instituciones especiales para la protección de la lengua, la cultura, las tradiciones y la identidad romaníes;
- combatir el racismo, la xenofobia y la intolerancia y asegurar un trato no-discriminatorio a los romaníes a nivel local, regional, nacional e internacional.

El año siguiente, la Asamblea Parlamentaria aprobó la Recomendación 1623 (2003) de 29 de septiembre de 2003, que vale la pena considerar por una pequeña mención a la comunidad romaní.³⁶² El documento trata sobre los derechos de las minorías nacionales en general, pero en su artículo 11.6 llama a los Estados parte a poner especial atención a la posibilidad de las minorías romaníes más vulnerables de beneficiarse totalmente de la protección prevista en el CMPMN. La importancia de esto radica en que de esa manera se incluye a los romaníes dentro de las minorías nacionales aunque no se les reconozca como tales en un Estado, y por lo mismo se apoya también su inclusión dentro de la cobertura correspondiente del Convenio.

Mucho tiempo más tarde, el organismo aprueba la Recomendación 1924 (2010) de 22 de junio de 2010, dedicada exclusivamente a los romaníes, instando al Consejo de Ministros a mantener el asunto dentro de las prioridades de su agenda, a tomar ciertas

³⁶² ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 1623 (2003), de 29 de septiembre de 2003, sobre los derechos de las minorías nacionales.

medidas institucionales concretas para tratar los problemas concernientes a este colectivo y a aumentar los esfuerzos por la rápida ratificación del CPMN, la CELRM y el Protocolo nº 12 del CEDH por parte de los Estados miembros que aún no lo han hecho.³⁶³

Finalmente, cabe mencionar también la Recomendación 2003 (2012) de 28 de junio de 2012³⁶⁴, en la que la Asamblea Parlamentaria destaca principalmente la imagen negativa que se ha creado en la sociedad acerca de los romaníes a causa de los prejuicios que les vinculan con la criminalidad y el vagabundeo. Esto ha significado que sufran discriminación en el acceso a la educación, la salud, el empleo y la vivienda, que son aspectos esenciales en las condiciones de vida de las personas y que están en una situación muy precaria en el caso de los miembros de la minoría romaní. El documento hace también referencia a las expulsiones colectivas de romaníes que se han llevado a cabo en algunos Estados miembros del Consejo de Europa. Debido a todo esto, el organismo llama al Comité de Ministros a analizar la legislación y las prácticas de los Estados parte al respecto, evaluando su impacto en este colectivo de acuerdo con los estándares europeos de derechos humanos y de minorías. Además, recuerda la necesidad de combatir los estereotipos negativos que se han formado contra los romaníes, a terminar con sus expulsiones colectivas y en general a tomar las medidas necesarias para acabar con las raíces más profundas de los problemas que aquejan a esta minoría.

c) Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa

La OSCE se ha ocupado de la protección de los romaníes especialmente desde comienzos de los años noventa, cuando –aún denominándose CSCE– dedica a la protección de minorías la cuarta parte del Documento de Copenhague de 29 de junio de 1990, según ya se ha mencionado en el primer capítulo de esta investigación. Cabe destacar en esto, que el documento hace una pequeña pero explícita referencia a los romaníes en el punto 40, al señalar lo siguiente:

“Los Estados participantes condenan clara e inequívocamente el totalitarismo, el odio racial y étnico, el antisemitismo, xenofobia y discriminación contra cualquier persona, así como la persecución por motivos religiosos e ideológicos. *En este contexto, también reconocen los problemas particulares de los romanís (gitanos).*”³⁶⁵

Posteriormente, en el Documento de Helsinki de 1992, dedica una parte a la “Tolerancia y no discriminación”, incluyendo una mención a este colectivo en la que los Estados participantes...

“Reafirman, en este contexto, la necesidad de emprender programas adecuados para el estudio de los problemas de sus respectivos nacionales pertenecientes al grupo romaní y a otros grupos tradicionalmente identificados como gitanos, así como de crear unas condiciones que les

³⁶³ ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 1924 (2010), de 22 de junio de 2010, sobre la situación de los romaníes en Europa y actividades relevantes del Consejo de Europa.

³⁶⁴ ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 2003 (2012), de 28 de junio de 2012, sobre los migrantes romaníes en Europa.

³⁶⁵ CSCE, Documento de la Reunión de Copenhague..., p. 25. Énfasis añadido.

permitan participar plenamente y con igualdad de oportunidades en la vida de la sociedad, y estudiarán la manera de cooperar con este fin.”³⁶⁶

También se encuentran referencias expresas a la situación de los romaníes en el Documento Final de Budapest de 1994.³⁶⁷ Lo que resulta interesante de destacar es que se hace referencia a este colectivo de manera aparte, separándola de los puntos que señala acerca de las minorías nacionales. De todos modos, no parece ser que esto implique un no reconocimiento hacia los romaníes como minoría nacional, sino que simplemente se especifica que es un caso importante al que hay que prestar mayor atención. Tampoco se les define de ninguna manera, pero el apartado dedicado a ellos se dedica a plantear algunas medidas concretas a tomar para mejorar su situación particular.

Éstas últimas comprenden en primer lugar la designación de un punto de contacto para los asuntos de los romaníes dentro de la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la organización. Esto, porque se pretende que dicha Oficina se encargue de la coordinación del intercambio de información acerca de los problemas que afecten a este grupo, así como de facilitar los contactos entre los Estados participantes y las instituciones internacionales y ONGs que se dediquen a temas que tengan relación con los romaníes.

De esa manera, se aborda la protección de los romaníes desde tres puntos de vista en este documento. En primer lugar, porque se entiende que caben dentro de las minorías nacionales a las que alude en los puntos 21 y 22 del apartado de la dimensión humana. En ellos, por ejemplo, la CSCE toma nota de la adopción del CMPMN, el cual, como ya se ha visto, se aplica para el caso de los romaníes. Además, se menciona el tratamiento particular de su caso en los puntos 23 y 24 con la asignación a la OIDDH de ciertas funciones para ello. Por último, la organización también dedica tres puntos a condenar la intolerancia, el racismo y la xenofobia, llamando a los Estados a tomar medidas efectivas para acabar con ellos. Dado que la comunidad romaní es una de las más afectadas por estos fenómenos, vale la pena destacarlo como otro de los aspectos con los que la CSCE manifiesta preocupación por la protección de sus derechos.

Posteriormente, la ya denominada OSCE se reunió en Estambul en 1999 y redactó la Carta sobre la Seguridad Europea y la Declaración de la Cumbre³⁶⁸, incluyendo en ambos documentos referencias a la minoría romaní. En la mencionada Carta, por ejemplo, comienza la parte dedicada a la dimensión humana reafirmando el respeto de los derechos humanos, incorporando en esto el compromiso por combatir la intolerancia, el racismo y la xenofobia, entre otros, así como por la protección y promoción de los derechos de los miembros de minorías nacionales, enfatizando en la importancia de preservar su identidad étnica y cultural. Dentro de esto, los Estados firmantes se comprometen también a garantizar el derecho a la nacionalidad a todas las personas.

Inmediatamente después de esta mención se hace referencia expresa a los romaníes, a quienes no se califica como minorías nacionales sino como “etnias” (punto 20). De todos modos, cabe destacar que la redacción permite entender que se les considera minorías, dado que se trata su situación justo después del de las minorías nacionales en general, diciendo que “reconocemos las dificultades peculiares con las que

³⁶⁶ CSCE, Documento de Helsinki “El desafío del cambio”, de 10 de julio de 1992, Declaración de la Cumbre de Helsinki, parte VI, párr. 35.

³⁶⁷ CSCE, Documento de Budapest “Hacia una auténtica asociación en una nueva era”, de 6 de diciembre de 1994 (versión corregida de 2 febrero 1995), párrs. 23 y 24.

³⁶⁸ OSCE, Documento de Estambul, 19 de noviembre de 1999.

tropiezan las etnias romaní y sinti”, con lo que se infiere que se les considera un caso peculiar dentro de ellas.

Ante la difícil situación de este grupo, los Estados de la OSCE se comprometen a trabajar por una participación igualitaria de los romaníes en la sociedad y por terminar con la discriminación y los malos tratos de los que son víctimas. Es significativo que no se refieran solamente a tomar las medidas necesarias sino expresamente a adoptar leyes que garanticen la protección de sus derechos en estos ámbitos.

Por último, la organización también condena las políticas de expulsiones masivas, asunto que cobra relevancia en los últimos casos que se han dado en Francia precisamente contra la minoría romaní.

Por otro lado, en la Declaración de la Cumbre de Estambul, los Estados de la OSCE vuelven a señalar el respeto de los derechos de las minorías nacionales (de sus miembros, claro), especialmente en cuanto a su identidad cultural. En particular, se refieren a sus derechos educativos, lingüísticos y de participación social, así como a la aplicación de leyes contra la discriminación que promuevan la igualdad de oportunidades. A la vez, condenan la violencia, el racismo y la discriminación, haciendo hincapié en los romaníes, cuya exclusión social señalan que merece atención particular de los Estados.

Además de los documentos señalados, cabe destacar la adopción de un Plan de Acción para mejorar la situación de los romaníes dentro del área de la OSCE, que aparece en las decisiones tomadas por la organización en la Undécima Reunión del Consejo Ministerial en diciembre de 2003, como una de las medidas para responder a la amenaza de la intolerancia y la discriminación.³⁶⁹ En él se incluyen pasos a seguir en los ámbitos de la salud, la educación, la vivienda, la participación pública y la no-discriminación, entre otros.

Finalmente, no debe olvidarse la labor realizada por el ACMN de la OSCE. Éste, fuera de dedicarse a monitorear la situación de las minorías nacionales en general, ha puesto su atención en el caso particular de los romaníes en más de una ocasión, presentando informes acerca de sus condiciones desde inicios de los años noventa. Así lo hace en septiembre de 1993³⁷⁰, por ejemplo, identificando los problemas sociales, económicos y humanitarios que sufren, dentro de un contexto de dificultades que experimenta la región después del fin de la Guerra Fría, así como del fenómeno migratorio que puede observarse en la comunidad. El año 2000 volvió a redactar un informe sobre la situación de los romaníes en los países de la OSCE³⁷¹, dedicándolo a la discriminación y violencia racial de la que son víctimas, sus condiciones de vida (vivienda y salud) y a su educación. Cabe mencionar que, además de la descripción de estos aspectos, la presentación de estadísticas y el diagnóstico de ciertos problemas, estos documentos también presentan recomendaciones generales y específicas dirigidas a la toma de medidas por parte de los Estados, con el fin de solucionar los problemas que viven los romaníes en Europa. Además, después de sus visitas a los países miembros de la OSCE, el ACMN redacta informes acerca de la situación de las minorías nacionales, revisando

³⁶⁹ OSCE, Documentos de la Undécima Reunión del Consejo Ministerial, 1 y 2 de diciembre de 2003, Decisión nº 3/03, MC.DEC/3/03, pp. 70-89.

³⁷⁰ ACMN, Informe sobre la situación de los romaníes en el área OSCE, 14 de septiembre de 1993. Disponible en <http://www.osce.org/hcnm/36441?download=true> [última visita: 27 de octubre de 2017].

³⁷¹ ACMN, Informe sobre la situación de los romaníes en el área OSCE, 10 de marzo de 2000. Disponible en www.osce.org/hcnm/32350?download=true [última visita: 27 de octubre de 2017].

naturalmente el caso del colectivo romaní en cada uno de ellos, proponiendo alternativas para mejorar sus condiciones.

Pues bien, como se puede apreciar, la protección que la OSCE brinda a las minorías nacionales se basa principalmente en instrumentos *soft law*. Esto implica que la organización no establece métodos obligatorios para los Estados y que son éstos en última instancia los que deciden qué medidas aplicar y en qué grado proteger los derechos de los romaníes. En palabras de FERRER LLORET, “[e]n cuanto a los resultados que se obtienen con la aplicación de estos mecanismos de control, parece indudable que la eficacia de las actuaciones desarrolladas en el seno de la OSCE a favor de la minoría romaní se basa en el diálogo mantenido con el Gobierno del Estado y la colaboración que se obtenga de sus autoridades”³⁷².

De todos modos, aunque no son jurídicamente vinculantes, lo cierto es que con estos instrumentos la organización ha contribuido bastante al establecimiento de estándares internacionales sobre minorías.

³⁷² FERRER LLORET, J., “La protección internacional de la minoría romaní (gitanos) en Europa”, *op. cit.*, p. 178.

2. La Minoría Romaní en España: los Gitanos

2.1 Introducción

Aunque no hay estadísticas oficiales que consideren el factor de la etnicidad, se calcula que actualmente hay entre 500.000 y 800.000 gitanos (autodenominación de los romaníes en España) que son ciudadanos españoles, encontrándose casi la mitad de ellos en Andalucía, en el sur del país. PIASERE afirma que son unos 650.000, lo que corresponde a un 1,6% de la población general de España. En términos absolutos, estas cifras muestran una presencia gitana muy alta, pero en términos de relación porcentual con respecto al total de la población, la región completa se posiciona en los niveles que pueden apreciarse en la zona-anillo de la región carpato-balcánica.³⁷³

En general, todos los romaníes en España se llaman gitanos, pero hay también una distinción establecida entre los gitanos históricos que llevan siglos en el país y que son predominantemente sedentarios –cosa que ha ayudado bastante a su integración en la sociedad– y los grupos nómadas nuevos, que han llegado del este de Europa desde el siglo XIX. De todas formas, según CORRIGGIO, los gitanos se consideran orgullosos españoles y no tienen otra patria que España, país al que consideran como el lugar donde se desarrolló su conciencia colectiva cultural como grupo étnico.³⁷⁴

Sin embargo, y como ocurre en toda Europa, su situación en el país también es muy precaria en términos socioeconómicos. De hecho, la EU-MIDIS II muestra que casi toda la población romaní encuestada –concretamente, el 98%– tiene rentas inferiores al umbral nacional de pobreza de ingresos en España. Esto contrasta fuertemente con la tasa de riesgo de pobreza de la población general en el país, que alcanza sólo el 22%.³⁷⁵ Por esta razón, una gran mayoría de los gitanos (el 64%) dice que puede llegar a fin de mes “con gran dificultad”; el 24%, con dificultad; el 9%, con alguna dificultad, y sólo el 3% puede hacerlo fácilmente.³⁷⁶ Esto se refleja en la devastadora cifra de 83%, que determina la cantidad de gitanos que viven en hogares donde uno de sus miembros se acostó con hambre al menos una vez, durante el mes anterior a la encuesta, por no tener dinero para comprar comida.³⁷⁷

³⁷³ PIASERE, L., *I rom d'Europa*, op. cit., p. 7.

³⁷⁴ CORRIGGIO, Jennifer Hu “Gitano legal codes: social change, NGO's, and external legal systems' influence on governance of Spanish Roma communities”, *Michigan Journal of Race and Law* vol. 13, nº 1, 2007, pp. 1-56.

³⁷⁵ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p. 16.

³⁷⁶ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p. 18.

³⁷⁷ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p. 19.

El nivel de pobreza redonda evidentemente en las condiciones de las viviendas en que habitan los romaníes: éstas, si bien han experimentado una leve mejora, siguen teniendo problemas importantes relacionados con la segregación residencial y la vivienda degradada. Según un estudio realizado por Fundación Secretariado Gitano (en adelante, FSG) y Daleph al respecto, por ejemplo³⁷⁸, hay una segregación residencial de un 2,78% de los barrios o asentamientos que habitan los gitanos. Además, el 8,63% de los hogares evaluados califican como infravivienda, aunque tanto su número como su presencia relativa ha disminuido (del 31,4% en 1991 y el 11,45% en 2007). La presencia de chabolismo en ellos también ha disminuido hasta alcanzar el 2,17%. En cuanto a la ubicación de estas viviendas, la gran mayoría (más del 84%) están en la periferia, situación que ha ido en aumento. Las que se localizan en asentamientos segregados del núcleo urbano, sin embargo, ha disminuido a menos del 3%. De acuerdo con el informe, “[e]stos datos permiten desechar el tópico que vincula a la población gitana con chabolismo y núcleos segregados.”³⁷⁹

En cuanto a los servicios con los que la población romaní cuenta en sus hogares, los resultados de la EU-MIDIS II muestran cifras bastante optimistas en España, pues sólo el 2% de ella carece de agua potable, inodoro, ducha o bañera en su interior, mientras la media de los países considerados en la encuesta es de 30%.³⁸⁰ Sin embargo, la FSG y Daleph muestran que es mayor el número de viviendas que no presentan las condiciones mínimas de habitabilidad (8,63%).³⁸¹

La situación de hacinamiento también ha tenido avances. Según la FRA, el número medio de habitaciones por persona en el hogar es de 1,2 en la población gitana, mientras en la población general española es de 1,9%. La diferencia no es muy grande y el indicador ha mejorado con respecto a años anteriores; de hecho es una de las mejoras más notables entre los países incluidos en esta encuesta.³⁸² De acuerdo con el estudio de la FSG y Daleph, el 8,9% de los hogares presenta sobreocupación, y la media es de 4,74 personas por vivienda. A pesar de esto, “en el 7,39% de los barrios se ha detectado la presencia de sobreocupación o hacinamiento realizando la estimación en función del tamaño de las viviendas, barrios en los que se localizan el 8,9% de las viviendas y reside el 10,7% de la población gitana estimada; se trata de familias que no disponen de hogares adecuados en tamaño al número de miembros de la unidad familiar, o al número de unidades familiares

³⁷⁸ FSG y DALEPH, *Estudio-Mapa sobre Vivienda y Población Gitana, 2015: resumen ejecutivo*, septiembre de 2016, p. 7-8. Pre-edición del resumen ejecutivo del "Estudio- Mapa sobre Vivienda y Población Gitana 2015", del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, realizado por la Fundación Secretariado Gitano y Daleph. Disponible en www.gitanos.org/upload/82/97/Resumen_ejecutivo_Estudio_vivienda_-_pob__gitana_2015.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017]. Los resultados de este estudio hacen referencia a un total de 105.289 viviendas, ubicadas en 2.604 barrios o asentamientos en 1.069 municipios (la mayoría en Andalucía, Comunidad Valenciana, Cataluña y Comunidad de Madrid, con un alcance de población que asciende a 516.862 personas.

³⁷⁹ FSG y DALEPH, *Estudio-Mapa sobre Vivienda y Población Gitana...*, op. cit., p. 10.

³⁸⁰ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p. 38.

³⁸¹ En concreto, “el 2,17% son específicamente chabolas, el 0,21% son viviendas móviles, el 0,23% son sankis, barracones y viviendas de transición, y el 0,38% son viviendas ubicadas en edificios de uso no residencial.” FSG y DALEPH, *Estudio-Mapa sobre Vivienda y Población Gitana...*, op. cit., p. 14. De todos modos, la cifra es baja en comparación con la imagen que se tiene de que la mayoría de los gitanos vive en estas condiciones.

³⁸² FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., pp. 36-37.

residentes.³⁸³ Como se ha mencionado antes, todos estos elementos influyen negativamente en distintos ámbitos de la vida cotidiana, como la educación –los menores y jóvenes no tienen lugares adecuados para estudiar– o la salud.

En cuanto a esto último, es cierto que en la población gitana española la cobertura del sistema nacional básico de seguro de enfermedad o de seguro médico adicional, no es motivo de preocupación: alcanza el 98% de las personas mayores de 16 años, siendo la tasa más alta entre los países encuestados en la EU-MIDIS II.³⁸⁴ Tampoco se observan grandes diferencias entre la población gitana y la general en cuanto a la limitación de sus actividades cotidianas a causa de algún problema de salud de larga duración, aunque sí hay una desigualdad significativa entre hombres y mujeres romaníes.³⁸⁵ Sin embargo, al estudiar aspectos más específicos de la salud de la población gitana, se revelan diferencias más acentuadas. Por ejemplo, sólo el 10% de las mujeres gitanas sobre 55 años describe su salud como buena o muy buena, comparado con el 38.2% de las mujeres en la población general; los hombres tienen mejor situación en este sentido, pero también se diferencian marcadamente (33,4% de los gitanos frente a 52,3% de los hombres de la población general). Esto se aprecia en un amplio rango de problemas de salud. Por ejemplo, los gitanos tienen niveles más altos de colesterol (13,6% comparado con 9,6% de los hombres en general); las migrañas también prevalecen en hombres y mujeres de etnia gitana (20,7% y 37,1%, respectivamente) que entre sus pares en la población general (3,9% y 9%, respectivamente); la tasa de depresión en mujeres romaníes españolas es de 17,6%, frente al 7,7% de mujeres en general, y un 13,3% de niños gitanos tiene asma, mientras en la población general es sólo el 5,4%.³⁸⁶ En los hábitos de vida saludable también se observa esta diferencia: por ejemplo, en cuanto a alimentación, cabe destacar que el 5,5% de niños gitanos y el 8,4% de niñas gitanas no desayuna, cifras que en la población general se reducen al 1% y 2,1%, respectivamente.³⁸⁷

En educación no hay mayores diferencias entre gitanos y no gitanos en lo que respecta a su etapa inicial. De hecho, España tiene la tasa más alta entre los países considerados en la EU-MIDIS II, de niños que participan en la educación pre-escolar: un 95%, frente al 97% de la población general.³⁸⁸ Posteriormente, prácticamente todos los niños gitanos en edad de escolarización obligatoria participan en la educación (99%).³⁸⁹ Este panorama cambia drásticamente una vez que la educación deja de ser obligatoria, pues el abandono de la formación en jóvenes gitanos de entre 18 y 24 años, alcanza el 70%. Esto contrasta fuertemente con el 20% que se observa en los jóvenes de la población general.³⁹⁰ Por lo mismo, el porcentaje de gitanos sobre 45 años que no ha completado

³⁸³ FSG y DALEPH, *Estudio-Mapa sobre Vivienda y Población Gitana...*, op. cit., p. 15.

³⁸⁴ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p. 34.

³⁸⁵ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p.

35. Las cifras son de un 17% para los hombres romaníes (frente a 21% de los hombres de la población general) y un 30% para las mujeres romaníes (frente al 26,4% de las mujeres de la población general española).

³⁸⁶ FSG, N. SERRANO y N. RODRÍGUEZ (cords.), *Health and the Roma community...*, op. cit., p. 168.

³⁸⁷ FSG, N. SERRANO y N. RODRÍGUEZ (cords.), *Health and the Roma community...*, op. cit., p. 169.

³⁸⁸ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p. 27.

³⁸⁹ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p.

28.

³⁹⁰ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p.

31.

ningún nivel de educación formal es del 54%, siendo la tercera más alta entre los países encuestados por la FRA, tras Grecia y Portugal.³⁹¹

Lo anterior repercute en la situación laboral de los gitanos españoles, por lo que las tasas de desempleo en su población son bastante elevadas: las personas mayores de 16 años que se calificaron como desempleadas al ser encuestadas en la EU-MIDIS II alcanzan el 57% (51% de las mujeres y 63% de los hombres). Sólo un 16% contestó que se encontraban empleados (12% de las mujeres y 16% de los hombres), y el 12% realiza trabajo doméstico (24% de las mujeres, 0% de los hombres). El resto señaló estar jubilado (6%), no trabajar por enfermedad o discapacidad (4%) o tener otra causa de inactividad, como estar estudiando o realizando el servicio militar (5%).³⁹² El trabajo remunerado para gitanos de entre 20 y 64 años –incluyendo el trabajo por cuenta propia, el trabajo ocasional y el trabajo en las cuatro semanas anteriores a la encuesta– llega sólo al 19% (13% de mujeres y 24% de hombres), lo que contrasta gravemente con la tasa de empleo del conjunto de la población (62%).³⁹³

Finalmente, y tal como se evidenció antes para la población romaní europea en general, los gitanos en España no sólo viven en condiciones de vivienda, salud, trabajo y educación lamentables, sino que además constituyen un grupo muy discriminado. De hecho, la EU-MIDIS II muestra una prevalencia general de su discriminación por motivo de su origen étnico es de un 51% en los cinco años previos a la encuesta, y de 35% en los últimos doce meses; ambas cifras, superiores a las de la media de los países estudiados por la FRA.³⁹⁴ Esto empeora su situación y dificulta que mejoren los indicadores en todos los ámbitos.

El panorama descrito se arrastra desde los orígenes de la comunidad gitana en España, y tiene relación con una política histórica de persecución y asimilación cuyos efectos han llegado hasta hoy. Por esta razón, es importante hacer un recorrido de lo que fue la llegada de los gitanos a la Península Ibérica, su asentamiento en el territorio y su relación con la población y las autoridades. Muchos de estos aspectos son factores que explican la exclusión social y legal que viven en la actualidad.

2.2 Contexto Histórico y Evolución Jurídica

La historia de la coexistencia entre gitanos y “payos” (como los gitanos se refieren a los no-gitanos) se remonta 500 años atrás. Como en el resto de Europa, se trata también de una historia en la que dicha minoría ha sufrido persecución, exclusión social, segregación espacial, sedentarización y asimilación forzadas, prohibición de usar su lengua y practicar su cultura, y la negación de su reconocimiento como minoría étnica y cultural. Cabe destacar que no se trata sólo del resultado del rechazo y la estigmatización

³⁹¹ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p. 33.

³⁹² FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p. 21.

³⁹³ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p. 23.

³⁹⁴ FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación...*, op. cit., p. 41.

por parte del resto de la población hacia el grupo gitano, sino también del efecto que ha tenido la promoción y puesta en práctica de políticas estatales, pues desde que éste llegó al país ha sido sometido a estrecha vigilancia por parte de un Estado que le veía como “enemigo interno”.³⁹⁵

Lo anterior puede apreciarse, por ejemplo, en las más de 250 providencias formales que se promulgaron entre 1499 y 1783 con el objetivo de asimilarlos culturalmente o derechamente expulsarlos del territorio. Como consecuencia de esto, la comunidad gitana en España quedó marginada, sumida en la pobreza y objeto de prejuicios que fueron creando estereotipos negativos de ella en el resto de la población.

Los primeros “peregrinos romaníes” llegaron a España a comienzos del siglo XV procedentes de Francia, en grupos de entre diez y cien personas, con cartas de paso seguro que le daban protección nominal frente a represalias y persecuciones locales, e incluso a veces ayuda material para el viaje. El primer documento que indica presencia de gitanos al sur de los Pirineos es una carta de salvoconducto expedida en Zaragoza en 1425. Ésta autorizaba a un gitano a viajar por distintas partes de Aragón sin ser molestado, con quienes le acompañaran y todas sus posesiones. Pueden encontrarse unas treinta cartas de este tipo en el siglo XV, que se referían a ellos como peregrinos que iban a Santiago de Compostela como penitencia, por lo que les garantizaba paso seguro e incluso a veces ayuda material para el viaje.³⁹⁶ De ese modo, los gitanos atravesaron Castilla y Aragón y bajaron hasta Andalucía, donde se les recibió muy bien al llegar con la protección del Papa y de los reyes de Francia, Aragón y Castilla. La ruta francesa del camino de Santiago, así, fue el camino elegido por los romaníes para trasladarse desde Europa central hacia el sur de España hasta los años ochenta del siglo XV.³⁹⁷

De todas formas, cabe mencionar que también puede observarse un intenso movimiento a lo largo de mucho tiempo en sectores fronterizos entre Francia y España como el Rosellón, donde podía encontrarse un grupo gitano básicamente catalanófono, que pasaba de un lado a otro de los Pirineos según las circunstancias, huyendo de la persecución en uno u otro lugar y manteniendo su nomadismo. Esto constituyó, por lo tanto, una segunda vía de entrada del colectivo a España a través de Cataluña.³⁹⁸

Los gitanos habían comenzado a entrar en territorio español atraídos por la cultura árabe que entonces predominaba en la península. La caída de Constantinopla en 1453, por otro lado, había impulsado una migración masiva a España desde las zonas orientales del Mediterráneo, y ya hacia 1480 se produjo un crecimiento importante de la población gitana en el territorio.³⁹⁹ Por lo tanto, antes de asumir los Reyes Católicos las diferencias culturales ya habían ocasionado algunos conflictos sociales entre la población y los inmigrantes “egipcianos”, preparando el ambiente para una respuesta por parte de la Corona acorde a la política de homogeneidad cultural y religiosa que ya se había mencionado antes.

³⁹⁵ DIETZ, Gunther, “The State and the Roma in Spain”, Laboratorio de Estudios Interculturales, Granada, 2003.

³⁹⁶ CHARNON-DEUTSCH, Lou, *The Spanish Gypsy. The history of a European obsession*, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2004, p. 17.

³⁹⁷ AGUIRRE FELIPE, J., *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía*, op. cit., p. 19.

³⁹⁸ Para más detalles al respecto, consúltese el capítulo 9 del libro de AGUIRRE FELIPE ya citado, el cual se dedica a “Los gitanos en España y Francia: dos destinos diferentes” (pp. 345-477).

³⁹⁹ COMISIÓN DE POLÍTICA SOCIAL Y EMPLEO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DE ESPAÑA, “Informe de la Subcomisión para el estudio de la problemática del pueblo gitano”, *Gitanos, pensamiento y cultura*, nº 4, abril 2000, pp. 21-34, p. 26.

El asunto del origen racial y la afiliación religiosa había sido intermitente en la península durante siglos, surgiendo periódicamente estallidos de violencia extrema, como las masacres de judíos en el siglo XIV. Hacia los musulmanes había habido cierta tolerancia hasta entonces, pero en las últimas décadas del siglo XV volvieron a aumentar las tensiones, y se les discriminaba cobrándoles más impuestos y excluyéndoles de cargos públicos, como a los judíos. Así, con el tiempo la tolerancia inter-racial e inter-religiosa comenzó a decaer desarrollándose un sentimiento anti-judío por la envidia hacia su éxito económico, y uno anti-musulmán que tenía más que ver con el miedo a que el avance turco en el Mediterráneo significara un ataque a la península desde el norte de África.⁴⁰⁰

Hacia finales de la centuria, 1492 marca un cambio radical en la que hasta entonces había sido una política española tolerante hacia las diversas culturas que había en el reino. Con la llegada de los Reyes Católicos al trono, en cambio, y tras su conquista de Granada y América, se pondría fin a las pocas libertades que tenían estos pueblos, lo que se plasma en la expulsión de los judíos y, diez años después, la obligación impuesta a todos los musulmanes de convertirse al cristianismo si no querían abandonar el territorio.⁴⁰¹

Aunque en la Península había entonces varios reinos distintos, para sus minorías –moros, judíos y ahora gitanos– la determinación de los Reyes Católicos de imponer su autoridad en sus reinos y restaurar el orden en Castilla dejó poco espacio para la diferencia, estableciendo una política asimilacionista que se prolongaría por trescientos años. Los nuevos monarcas pretendían consolidar su autoridad personal sobre los varios territorios en los que reinaban. Así, a fines del siglo XV y comienzos del XVI se esforzaron por dejar atrás los años de violencia y conflicto político desestabilizador que había aquejado a Castilla. Además de ciertas medidas administrativas (nombramiento de corregidores que debían mantener la paz y defender la jurisdicción real en los pueblos donde estuvieran asignados, por ejemplo), buscaron la homogeneidad religiosa para superar las divisiones dentro de Castilla, política que tuvo altos costos para las minorías cada vez más acosadas.⁴⁰²

Por lo anterior, puede decirse que desde bien temprano la presencia de gitanos en España no tuvo muy buena acogida, algo que queda patente al ver que a muchos se les envía a la América recién conquistada para deshacerse de ellos. No resultó muy bien aceptada su forma de vida, caracterizada por la trashumancia y la dedicación a oficios sin homologación social. No se trataba de una cultura con determinadas creencias religiosas que la definieran, como sucedía con los moros y los judíos; por tanto, y como muestran las disposiciones legales de entonces, no eran considerados como una minoría “nacional”, sino simplemente españoles o extranjeros de un estilo de vida errante y peligroso que resultaba inconveniente para las autoridades.⁴⁰³

Debido a esto es que comenzaron a aplicarse medidas de seguridad hacia los gitanos y a promulgarse normas tendientes a su asimilación o expulsión. Así, en 1499 la

⁴⁰⁰ PYM, R., *The Gypsies of Early Modern Spain, 1425-1783*, op. cit., pp. 5-13.

⁴⁰¹ APARICIO GERVÁS, Jesús María, “Breve recopilación sobre la historia del Pueblo Gitano: desde su salida del Punjab, hasta la Constitución Española de 1978. Veinte hitos sobre la ‘otra’ historia de España”, *Revista Interuniversitaria de Formación de Profesorado*, vol. 20, nº 1, 2006, pp. 141-161, p. 146.

⁴⁰² DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, *La esclavitud en la Edad Moderna y otros estudios de marginados*, Comares, Granada, 2003.

⁴⁰³ GÓMEZ ALFARO, Antonio, *Legislación histórica española dedicada a los gitanos*, Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2009.

Corona dictó la “Pragmática de Medina del Campo”, orientada a la “reducción de la vida gitana” a través de la fijación domiciliaria (se les ordenaba dejar de viajar, sedentarizarse) y de encontrar un “oficio conocido” dentro de sesenta días, para poder controlar sus actividades laborales y el origen de sus ingresos. De no cumplirse esto último, se les amenazaba con latigazos, amputación de las orejas, cárcel, deportación e incluso esclavitud. En palabras de GÓMEZ ALFARO, “[s]e trataba de una peculiar ‘ley de extranjería’ que concedía un plazo para la normalización, confiando en que abandonarían el reino voluntariamente quienes rechazasen la permanencia tal como les era ofrecida”⁴⁰⁴. Según PYM, la ordenanza pretendía la asimilación de los gitanos a través de su dispersión más que por su expulsión, cosa que marcaría el tenor de la mayor parte de la legislación al respecto, al menos hasta el siglo XVIII.⁴⁰⁵

De todas formas, la preocupación por el vagabundeo en general existía antes de relacionarse con los gitanos. En 1387, Juan I había promulgado una ley que puede verse como precursora de la Ordenanza de 1499, que se refiere al gran daño que hace la presencia de vagabundos que, pudiendo trabajar, no lo hacen, dejando la tierra sin cultivar y siendo un mal ejemplo para los demás. Sin embargo, esta Pragmática destaca por poner en el tapete la importancia de lo que SÁNCHEZ llama la “peligrosidad social gitana” como un asunto particular al que dar atención, pues a partir de ella los gitanos adquirieron prontamente personalidad jurídica propia frente a los demás vagabundos y delincuentes: dejaron de ser considerados dentro de las disposiciones contra los bandidos en general y la legislación sobre ellos pasó a tener carácter independiente.⁴⁰⁶

En todo caso, esta ley no fue muy efectiva en su objetivo de asimilar la cultura romaní a la dominante, pero de todas formas se dictaron normas similares durante los siguientes trescientos años. De hecho, es su repetición en 1525, 1528 y 1534 por Carlos I, lo que demuestra la poca relación entre la teoría de las normas y su puesta en práctica. Esto puede verse en los textos de aplicación de estas pragmáticas, órdenes directas a corregidores, asistentes y justicias para su cumplimiento, en los que destacan las lamentaciones por su fracaso y la falta de rigurosidad en su imposición por parte de las autoridades locales.⁴⁰⁷

Así, el siglo XVI fue testigo de la política discriminatoria de los Austrias contra los gitanos, con la promulgación de diversas Reales Pragmáticas y Decretos que pretendían preservar la unidad territorial, cultural y religiosa, reprimiendo cualquier brote diferenciador y teniendo como consecuencia el aumento del sentimiento xenófobo anti-gitano en el resto de la población. Desde un principio se dictaron normas que pretendían la homogeneización cultural, prohibiendo su idioma, sus vestidos identificadores, concentraciones familiares en un mismo barrio o calle, su participación en danzas y obras de teatro, etc.

No obstante, muchos vagabundos extranjeros y otros españoles habían comenzado a acompañar a los gitanos que viajaban por Castilla, adoptando sus costumbres. Para hacer frente a esto, Carlos V dictó nuevamente la Ordenanza de 1499 en 1539, aumentando sus penas e insistiendo en la sedentarización. De todos modos, al hacerse pasar éstos por gitanos, se fortaleció la asimilación entre ambos, llevando a una visión de los gitanos españoles no como étnicamente distintos sino como una clase

⁴⁰⁴ GÓMEZ ALFARO, A., *Legislación histórica española dedicada a los gitanos*, op. cit., pp. 11-12.

⁴⁰⁵ PYM, R., *The Gypsies of Early Modern Spain...*, op. cit., pp. 24-25.

⁴⁰⁶ SÁNCHEZ, M.H., *Los gitanos españoles. El período borbónico*, op. cit., p. 84.

⁴⁰⁷ GÓMEZ ALFARO, A., *Legislación histórica española dedicada a los gitanos*, op. cit., pp. 34-36.

marginal nacional, delincuente pero local. Los gitanos eran sólo un pequeño porcentaje de todos los vagabundos, pero se les había identificado tanto con ellos, que ya el término *gitano* se había vuelto ambiguo, aplicándosele a cualquiera que llevara una vida desordenada e itinerante. De hecho, la legislación no definía a los gitanos en términos de raza sino distinguiéndoles por su vestimenta, idioma y costumbres. De esa manera, el foco de la legislación anti-gitana en Castilla se volvió hacia la prohibición de esos signos distintivos, junto con repetidos intentos de asimilarlos como trabajadores agrícolas a la economía rural convencional.

La Ordenanza de 1539 tuvo que reiterarse en 1542 por su ineffectividad. Y en 1551 las Cortes nuevamente pidieron al rey que se hicieran cumplir las leyes contra los gitanos, alegando que muchos aún vagaban con las cartas de salvoconducto. En 1552 Carlos V promulgó una nueva ley contra los vagabundos en respuesta a la cada vez peor situación en Castilla y la criminalidad que surgía por las difíciles condiciones económicas de la tierra. Se dirigía contra vagabundos, rufianes y ladrones, y aunque no mencionaba expresamente a los gitanos itinerantes, se les aplicaba también a ellos. Esta ley se volvió a promulgar en 1566, mencionando explícitamente que los gitanos serían considerados vagabundos para los propósitos de la normativa.

Las leyes fueron endureciéndose poco a poco, aumentando las penas e incluyendo algunas nuevas, como la condena a remar a las galeras del Mediterráneo, aprovechándoles como mano de obra. Según LEBLON, alrededor de 1550 las penas en las galeras se habían generalizado en toda la península, y hacia finales del siglo XVII comenzaron a aumentar pasando de seis a ocho años para los que continuaban siendo nómadas y para los sedentarios que tenían armas de fuego.⁴⁰⁸ Este castigo condujo a una nueva forma de exclusión, pues con él se separaba a los gitanos condenados al mismo (siempre hombres) de Castilla y de sus familias.

Por otro lado, la restricción a sus oficios también dificultó su supervivencia económica. Por ejemplo, antes de prohibir por completo el comercio ambulante, en 1586 se estableció en Castilla una presunción legal que consideraba que los géneros y las caballerías que los gitanos llevaran para vender y cambiar habían sido robados, en caso de no contar con un testimonio notarial que acreditara su propiedad.⁴⁰⁹

En general, el número de gitanos que durante el reinado de los Habsburgo fueron ahorcados, encarcelados, secuestrados y ubicados en familias españolas, exiliados, enviados a las galeras o forzados a trabajar en minas, es imposible de calcular, pero sin duda estas medidas afectaron a un gran porcentaje de la población gitana y le dieron a ésta una buena razón para enfatizar sus diferencias con respecto a la cultura dominante.⁴¹⁰

Las alternativas que dejaba la Monarquía española a los gitanos durante el siglo XVI, por tanto, se resumían en dos: la asimilación o la expulsión. Ahora bien, la expulsión de los moros y las muertes a causa de la peste de 1596-1602 llevaron a un despoblamiento que llevó a las autoridades a preferir la asimilación, desoyendo a los muchos memorialistas que demandaban su expulsión del país.⁴¹¹

⁴⁰⁸ LEBLON, Bernard, *Les gitanes d'Espagne: le Prix de la différence*, Presses Universitaires de France, París, 1985, pp. 157-158.

⁴⁰⁹ GÓMEZ ALFARO, A., *Legislación histórica española dedicada a los gitanos*, op. cit., p. 13.

⁴¹⁰ CHARNON-DEUTSCH, L., *The Spanish Gypsy...*, op. cit., p. 21.

⁴¹¹ AGUIRRE FELIPE, J., *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía*, op. cit., pp. 357-358.

Con ese objetivo por parte de la Corona, en la centuria siguiente la situación de los gitanos se tornó incluso peor, pues los bandidos comenzaron a unírseles y a adoptar sus costumbres, con el fin de confundirse con ellos y pasar desapercibidos de la justicia.⁴¹² En realidad, según CHARNON-DEUTSCH, al viajar o vivir en familias muy unidas y predominantemente endogámicas, los gitanos eran fácilmente distinguibles de los vagabundos comunes, y de hecho rara vez se asociaban con grupos bandoleros. No obstante, la asociación que la ideología dominante y el imaginario popular hicieron entre ambos produjo un antagonismo extendido que tendría efectos duraderos en las relaciones entre payos y gitanos.⁴¹³

A raíz de lo anterior, se les obligó a dejar sus oficios y dedicarse solamente a la agricultura. La Pragmática de 1619, por ejemplo, les obligaba a asentarse en ciudades de más de mil habitantes (se consideraba que los pueblos pequeños no tenían un aparato policial y judicial que garantizara vigilancia y punición eficaz), y les prohibía tener y vender ganado. La de 1633, por otro lado, permitía su detención de cualquier manera e incluso su muerte. Se les prohibió también usar su propia lengua y mostrar públicamente cualquier distintivo de su cultura. Cabe destacar en esta normativa, que se hace referencia a los *roms* como gente que no es gitana de origen ni naturaleza sino españoles, y que queda expresamente manifiesto que el objetivo de las medidas que se ordenan es “obligarles a perder sus funestas costumbres”, es decir, asimilarles. Como bien señala SÁNCHEZ, esto constituye una contradicción por parte del legislador, pues mientras por una parte dedica normas específicas para un tipo racial, por otro lado niega su propia existencia. A partir de entonces puede encontrarse varias veces esta idea contradictoria sobre la naturaleza de los gitanos.⁴¹⁴

En 1692, Carlos II reiteró la prohibición para los gitanos de vivir en pueblos de menos de mil personas, llevar armas y ejercer un oficio que no fuese la agricultura. Tres años después se promulgó la Pragmática de 1695, que redujo el asentamiento de gitanos a sólo algunas cuantas localidades, ordenándoles además comparecer ante la justicia para hacer constar su filiación, oficio y propiedades. Evidentemente, el objetivo de esta norma era hacer un censo de propiedades para controlar más rigurosamente a la población gitana.

Como se puede apreciar, las leyes contra los gitanos en España fueron crecientemente opresivas, estigmatizadoras e indiscriminadas. Según PYM, esto fue causa y consecuencia de la incapacidad de la corona española, que durante 200 años no pudo hacer cumplir su propia legislación con eficiencia.⁴¹⁵

En primer lugar, porque en este tiempo España nunca fue un Estado unitario y primaban los intereses de los poderes locales (recién en el siglo XVIII los Borbones se ocuparían de la centralización del poder y la imposición de su autoridad en la periferia). Al respecto, LEBLON afirma que la multiplicidad de jurisdicciones (eclesiástica y civil, corregidores y Santa Hermandad, alcaldes superiores nombrados por el Consejo Supremo y alcaldes ordinarios elegidos, etc.) resultaba favorable a los gitanos. Esto, porque tantas autoridades distintas muchas veces se oponían y a veces incluso se anulaban unas a otras, considerando además que sus actitudes hacia los gitanos eran distintas. Algunos alcaldes, por ejemplo, decían ignorar totalmente la existencia de estas leyes específicas contra los

⁴¹² APARICIO GERVÁS, J.M., “Breve recopilación sobre la historia del Pueblo Gitano...”, *op. cit.*, p. 148.

⁴¹³ CHARNON-DEUTSCH, L., *The Spanish Gypsy...*, *op. cit.*, p. 20.

⁴¹⁴ SÁNCHEZ, M.H., *Los gitanos españoles. El período borbónico*, *op. cit.*, p. 91.

⁴¹⁵ PYM, R., *The Gypsies of Early Modern Spain...*, *op. cit.*, pp. 164-165.

gitanos; muchos jueces no sabían leer y confiaban en secretarios de los juzgados que no siempre hacían su trabajo de manera consciente; otros se dejaban intimidar por los gitanos o simplemente estaban acostumbrados a su presencia y sus actividades.⁴¹⁶ También AGUIRRE FELIPE se refiere a este punto afirmando que la organización política de la Corona implicó la ausencia de un modelo único para el tratamiento del “problema gitano”, por lo que cada reino siguió su propia tradición jurídica y legisló de manera independiente, en un “mapa jurisdiccional que dificultaba la actuación de las autoridades reales a las que su precaria financiación hacía frecuentemente inoperantes ya veces proclives al compadreo con los gitanos”⁴¹⁷.

SÁNCHEZ atribuye el fracaso de estas medidas a una ignorancia de la existencia de toda una minoría gitana: se publicaban para todos los gitanos en general, sin hacer distinciones ni excepciones que estuvieran acordes con las diferencias reales –y a veces muy marcadas– que había entre ellos. Esto, porque su principal objetivo era simplemente evitar que se transformaran en delincuentes.⁴¹⁸

Por otro lado, también jugó un papel relevante la protección y ayuda activa que otros españoles brindaban a los gitanos: sacerdotes⁴¹⁹ y nobles, así como otros españoles que por alguna razón u otra simpatizaban con ellos, les temían o esperaban ganar algo de ellos.⁴²⁰ Según se deduce de los documentos, la causa de esto era el miedo a posibles represalias y también que algunos gitanos les “compraran” con dinero en lo que SÁNCHEZ ha denominado como “proteccionismo mafioso”⁴²¹.

De todos modos, las relaciones entre gitanos y no gitanos no eran siempre tan antagónicas y hostiles como sugerían los documentos oficiales, aunque sí eran bastante inestables. De hecho, había incluso matrimonios mixtos a pesar de la endogamia de los gitanos.⁴²²

Cabe mencionar también la falta de recursos para la persecución, encarcelamiento y transporte de gitanos, lo que, sumado a la frontera entre Castilla y Aragón, facilitarían la movilización de los gitanos de una jurisdicción a otra, escapando de los castigos de las autoridades.

Además de estas normas, durante este periodo se publicaron numerosos panfletos políticos que las justificaban o que incluso promovían medidas más radicales para solucionar el “problema gitano”. Por otro lado, también los líderes religiosos contribuyeron a la noción de desviación gitana al sembrar dudas sobre su fervor religioso y destacar su terco rechazo a la autoridad religiosa.⁴²³

⁴¹⁶ LEBLON, B., *Les gitanes d’Espagne, op. cit.*, pp. 110-111.

⁴¹⁷ AGUIRRE FELIPE, J., *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía, op. cit.*, p. 531.

⁴¹⁸ SÁNCHEZ, M.H., *Los gitanos españoles. El período borbónico, op. cit.*, p. 96.

⁴¹⁹ Según AGUIRRE FELIPE, el uso por parte de los gitanos de su derecho de asilo eclesiástico, fue uno de los principales obstáculos para su asimilación forzada y del fracaso de todas las leyes promulgadas desde los Reyes Católicos, pues podían escapar de la justicia refugiándose en las iglesias, igual que los otros delincuentes. Esto fue así hasta 1748, cuando un acuerdo con Roma aseguró que no se podrían usar santuarios eclesiásticos para burlar a las autoridades civiles, permitiendo así que se llevara a cabo la Gran Redada de 1749. *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía, op. cit.*, p. 372.

⁴²⁰ Según LIÉGEOIS, los aristócratas apadrinaban a algunas familias gitanas en España, permitiéndoles incluso adoptar sus apellidos. *Gitanos e itinerantes, op. cit.*, p. 34.

⁴²¹ SÁNCHEZ, M.H., *Los gitanos españoles. El período borbónico, op. cit.*, p. 428.

⁴²² PYM, R., *The Gypsies of Early Modern Spain..., op. cit.*, p. 37.

⁴²³ CHARNON-DEUTSCH, L., *The Spanish Gypsy..., op. cit.*, p. 22.

El siglo XVIII comienza con un cambio de dinastía en España que persiguió la implantación de reformas inspiradas en el Despotismo ilustrado francés, en pos de la organización política racional, centralizada y uniforme, mediante el poder de la monarquía absoluta.⁴²⁴ Sin embargo, la política que siguieron los Borbones con respecto a los gitanos finalmente se enmarcó dentro del mismo interés homogeneizador que habían mostrado sus predecesores, con miras a su sedentarización efectiva.

Primero que todo, Felipe V se dedicó a impulsar estas reformas ilustradas en España, pero con respecto a los gitanos continuó persiguiendo su asimilación y asentamiento, repartiéndolos en ciertos lugares específicos según sus Pragmáticas de 1717 y 1738. La primera constituye un intento de controlar a la población gitana mediante un censo que registraba en cada poblado los nombres de sus miembros, sus edades, ocupaciones, hijos, costumbres, etc. En general, sigue la línea de la Pragmática de Carlos II, prohibiéndoseles oficios que no fueran agrícolas, tener caballos y armas, usar su vestimenta y su lengua, vivir en barrios separados y salir de sus lugares de residencia. Las penas, como siempre, eran las galeras, los azotes, el encarcelamiento e incluso la muerte. Básicamente se trata de un compendio de los 200 años anteriores de legislación contra los gitanos, con la única novedad de enumerar las 33 ciudades donde éstos podían vivir⁴²⁵, pues antes sólo se establecía que tenían que ser poblados de más de mil habitantes.

La normativa, sin embargo, no resultó muy eficaz porque sus disposiciones no se cumplían –a veces se toleró la permanencia de gitanos en lugares no permitidos, por ejemplo– ni se realizaban las inspecciones que se ordenaban. Por eso tuvo que repetirse cuatro veces. La Pragmática de 1738 era prácticamente igual a la anterior, aunque incluía también una nueva definición de *gitano* basada en sus costumbres, rasgos culturales y opinión pública, que por tanto no resultaba muy clara. El tono que adquiriría con el fin de mantener a los gitanos en determinadas ciudades era casi tan represivo como en la época de los Austrias (en la Pragmática de 1745, por ejemplo, destaca la severidad con que podía detenerse a los gitanos, incluso dentro de las iglesias). En general, por tanto, estas

⁴²⁴ Para el estudio de las reformas borbónicas, consúltense, entre otros: ZABALA Y LERA, Pío, *España bajo los Borbones*, 3ª ed., Labor, Barcelona, 1936 [1926], pp. 100-108; PEÑA IZQUIERDO, Antonio Ramón, *De Austrias a Borbones. España entre los siglos XVII y XVIII*, Akrón, Astorga, 2008; PALACIO ATARD, Vicente, *Los españoles de la Ilustración*, Guadarrama, Madrid, 1964; LYNCH, John, *Bourbon Spain 1700-1808*, Oxford University Press, Oxford, 1989 (traducción al castellano de Juan Faci, revisada por el autor: *El siglo XVIII. Historia de España*, XII, Barcelona, 1991); VIDAL, Josep Juan y Enrique MARTÍNEZ RUIZ, *Política interior y exterior de los Borbones*, Istmo, Madrid, 2001, y PIETSCHMANN, Horst, *Las reformas borbónicas y el sistema de intendencias en Nueva España: un estudio político administrativo*, traducción de Rolf Roland Meyer Misteli, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996 (el primer capítulo de esta obra se dedica a España).

⁴²⁵ En su tercer párrafo, la normativa ordena que “las ciudades, y villas donde se les deberá asignar vecindad, sin arbitrio, ni facultad de poder dispensar, ni darla en otra parte, serán Toledo, Guadalajara, Cuenca, Avila, Segovia, León, Toro, Palencia, Aranda de Duero, Burgos, Soria, Agreda, Logroño, Santo Domingo de la Calzada, San Clemente, Ciudad Real, Chinchilla, Murcia, Placencia, Cáceres, Trujillo, Córdoba, Antequera, Ronda, Carmona, Jaén, Ubeda, Alcalá la Real, Oviedo, Orense, Betanzos, San Felipe (olim Xátiva), O16.” Transcripción en GÓMEZ ALFARO, A., *Legislación histórica española dedicada a los gitanos*, op. cit., p. 183. Probablemente, O16 sea un error en y quiera decir Orihuela, como muestra la Pragmática de 1 de octubre de 1726, que incluye algunas ciudades más: Orihuela, Alcira, Castellón de la Plana, Calatayud, Tarazona, Teruel, Daroca, Borja y Barbastro. Disponible en la recopilación de PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, tomo XVI, Imprenta de don Antonio Espinosa, Madrid, 1797, pp. 169-170.

Pragmáticas no lograron su objetivo y algunas incluso llevaron a la destrucción del asentamiento de parte del grupo.

Los efectos que tuvo la política de Felipe V pueden observarse en los expedientes de residencia del periodo: destrucción de hogares y asentamientos gitanos, desconcierto de los alcaldes, arbitrariedad de las justicias y desarraigo por el traslado de un pueblo a otro de las familias gitanas por no tener trabajo en sus vecindarios. A partir de esto, SÁNCHEZ dice que puede hablarse con propiedad de los gitanos de entonces como una minoría realmente asimilada.⁴²⁶ Los informes y expedientes que analiza la autora demuestra la complejidad a la que se enfrentaban las autoridades a la hora de aplicar las normas, dada la amplia variedad de situaciones en las que estaban los gitanos. Esto llevaba a la confusión de las justicias y a que finalmente las leyes beneficiaran sólo a una minoría de la población gitana, siendo lo más común su asimilación y asentamiento mediante el traslado obligado de su residencia a ciudades donde les era mucho más difícil encontrar trabajos que les permitieran ganarse la vida. De esa manera, en los comienzos del reinado de Fernando VI (1746-1759) “las autoridades –aunque en condiciones forzosas– habían conseguido ya el asentamiento de la gran mayoría de los gitanos.”⁴²⁷

El control estricto que se pretendía de la comunidad gitana en España mediante censos, inventarios de bienes y empadronamientos, desencadenó en el decreto real que en 1749 firmó Fernando VI bajo el nombre de “Gran Redada de los Gitanos”. El documento marca un periodo negro para los gitanos, pues establecía una ley muy cruel hacia ellos: ordenaba encarcelar a toda la población gitana –hombres, mujeres y niños–, en lo que fue una persecución general organizada que pretendía eliminar a los gitanos de todo el reino.⁴²⁸ Fueron más de diez mil los detenidos en esta operación que incluso se financió con los bienes embargados a sus víctimas, pero a juicio de AGUIRRE FELIPE, fue una operación que fracasó totalmente: mientras las mujeres eran llevadas a trabajar en las hilanderías, a los hombres se les condujo a los arsenales de Cartagena, Cádiz y El Ferrol, donde no fueron más que una carga pesada al constituir una mano de obra abrumada y abatida, al borde de la inanición, que no podía ser utilizada de manera rentable.⁴²⁹ Finalmente, quedaron libres cuatro años más tarde, mediante una pragmática que arrojó cierta luz de esperanza para el devenir de la comunidad.

Lo anterior llegó de la mano de Carlos III, el rey más representativo de los Borbones, que mejor representa la política ilustrada y con quien se llega a una era de esplendor con un aumento de la población y una expansión económica en todo ámbito. En cuanto al tema que nos toca, cabe destacar que por primera vez puede verse una actuación por parte de la Corona que pretende favorecer a los gitanos, pues se considera su situación como un problema más dentro del reinado y no como algo marginal. De ese modo, Carlos III marca la última etapa de las medidas en pos de la asimilación y el comienzo de una nueva situación para la minoría.

El rey estableció un proceso de consultas con las autoridades competentes para informarse acerca del incumplimiento de las normativas, y eso seguramente influyó en la publicación de la Pragmática de 1783, que constituiría la última contra el pueblo gitano. En realidad, sus fiscales –como Campomanes y Lope de Sierra– le recomendaban actuar

⁴²⁶ SÁNCHEZ, M.H., *Los gitanos españoles. El período borbónico*, op. cit., pp. 131-132.

⁴²⁷ AGUIRRE FELIPE, J., *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía*, op. cit., p. 371.

⁴²⁸ Para un estudio exhaustivo de este episodio, véase la tesis doctoral del profesor Antonio GÓMEZ ALFARO, *El expediente general de gitanos*, Universidad Complutense, Servicio de Reprografía, Madrid, 1992.

⁴²⁹ AGUIRRE FELIPE, J., *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía*, op. cit., p. 373.

con mano dura y represiva, pero finalmente tomó una actitud benevolente hacia los gitanos. SÁNCHEZ afirma no conocer los motivos de este cambio, pero cree que un anteproyecto de la Pragmática que se guarda en el archivo de Campomanes, impidió nuevas medidas trágicas. Dicho informe explica las posibles causas de la ineffectividad de las pragmáticas anteriores y destaca la marginación social en que estaban los gitanos y la discriminación que sufrían al querer acceder a muchos empleos. Con eso se preparaba el camino a la eliminación del “estatus gitano” y a la apertura a todos los oficios.⁴³⁰

La Pragmática de 1783 tuvo la importancia de establecer la igualdad de los gitanos con los demás súbditos, aunque en realidad eso se hizo olvidando sus raíces: se prohibía el uso de la palabra “gitano” (según CORRIGGIO, para convencer a la población de que era una identidad étnica inventada y no real⁴³¹) y se les exigía demostrar que habían sido “reformados” de su “gitanitud”, que habían cambiado las costumbres propias de su cultura. Por lo tanto, puede decirse que se encontraban en un estado de igualdad jurídica y desigualdad de hecho, pues aún eran objeto de vigilancia estricta. En cualquier caso, se les devolvía la libertad de elección domiciliaria y se les permitía trabajar en distintos oficios, con lo que se volvía al comienzo de la legislación, a la Pragmática de 1499. De todos modos decía que no bastaban los oficios de esquiladores, traficantes de mercados y ferias, ni mesoneros, por lo que en realidad las libertades laborales que se les conceden son reducidas y no se consideran suficientes sus ocupaciones tradicionales. Además se les prohibía aún usar su propia lengua y llevar una vida nómada, con lo que finalmente se consiguió terminar de sedentarizar a un buen número de ellos, quienes comenzaron a dedicarse –fuera de sus artesanías comunes– a oficios nuevos tomados de la cultura local, como los de torero, vaquero, matarife en mataderos, limpiabotas y tostadores, por ejemplo.⁴³²

Por otro lado, en el artículo 18 de la normativa se establecía la creación de comisiones de beneficencia para solucionar los problemas más graves de los gitanos: darles viviendas dignas, trabajo a los adultos sanos, escolarización a los niños, hospitalización a los enfermos y hospicio a los huérfanos, entre otras cosas. Lo que se pretendía era “convertir en individuos útiles al Estado y a la Real Hacienda a una minoría peculiar que vivía en los márgenes de la sociedad productiva. He aquí la clave del pensamiento ilustrado en relación a los marginados en general, fuesen o no gitanos.”⁴³³

En general esta Pragmática se considera innovadora y revolucionaria, pero María Helena SÁNCHEZ dice que, salvo el espíritu del conjunto de sus normas y su aspecto externo, tampoco tenía muchas novedades legislativas. De hecho, afirma que en realidad sólo constituye el final de la línea de asimilación de los Borbones, aunque con la novedad de terminar legislativamente con el nombre de *gitanos*. Con esto último el grupo pasa a ser perseguido, pues aunque en teoría ya no existan, la ley les sigue acosando según sus actividades y no en tanto minoría étnica o religiosa. No obstante, la Pragmática establecía a la vez ciertas disposiciones que pretendían eliminar todas las características culturales del grupo, haciéndolos desaparecer también como minoría. De hecho, es justamente eso lo que sucedió en Francia, donde los romaníes desaparecieron como grupo étnico, dejando así a los gitanos españoles apartados del resto del conjunto sinte-rom del continente europeo. En España, en cambio, la pervivencia de la ideología cristiano-vieja

⁴³⁰ SÁNCHEZ, M.H., *Los gitanos españoles. El período borbónico*, op. cit., pp. 245-278.

⁴³¹ CORRIGGIO, J.H., “Gitano legal codes...”, op. cit., p. 18.

⁴³² CLÉBERT, J.P., *Los gitanos*, op. cit., p. 113.

⁴³³ AGUIRRE FELIPE, J., *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía*, op. cit., p. 456.

española que mantenía la idea de casta excluyendo al grupo romaní, hizo que finalmente el grupo sobreviviera.⁴³⁴

Es cierto que se adoptó una actitud más benevolente que represiva para aplicar esta ley, con el fin de lograr el asentamiento de los gitanos mediante su asimilación y su conversión en sujetos productivos. Sin embargo, la Corona no excluyó la posibilidad de usar una vía represiva para extinguirles si la tolerancia no daba resultado. De esa manera, la aparente tolerancia de ciertas normas de Carlos III contrastaba con las penas que se establecían para quienes las violaran, lo que demuestra que tampoco se distanció tanto de las pragmáticas anteriores. De hecho, añadía una pena nueva que, aunque conmutaba la de muerte y la de cortar las orejas, seguía siendo bastante cruel: la de marcar con un sello las espaldas de los infractores por segunda vez, mediante un hierro ardiente.

Como era de esperarse, fueron las similitudes con las ineficientes Pragmáticas anteriores los elementos que obstaculizaron el logro de los objetivos que tenía la normativa, y que se resumen en las restricciones al modo de vida de los gitanos. Dentro de éstas, por ejemplo, destacaba la prohibición de ejercer ciertos oficios a pesar de la supuesta libre elección de los mismos, pues implicaba una oferta laboral real muy limitada para ellos, lo que a su vez llevaba una reducción de sus posibilidades de colocación. Se les llamó a dedicarse a ocupaciones para los que no estaban preparados y cuya demanda tampoco era tan grande como para que se necesitara también a los gitanos.⁴³⁵

De esta manera, con la Pragmática de 1783 puede darse por finalizada la persecución institucionalizada de los gitanos, pero lo cierto es que en la práctica su particularismo cultural siguió estando prohibido. De hecho, aunque pudieron sobrevivir como grupo a una sistemática represión de larga duración, las medidas tomadas por las autoridades españolas lograron quebrar su resistencia en el mantenimiento de una característica fundamental de su identidad: la lengua. Lo que sí pudieron conservar los gitanos fue su organización social en base a la solidaridad del clan familiar, así como algunas costumbres y ritos.

En total fueron más de cien las leyes contra los gitanos que se promulgaron en todo este periodo, y 250 las disposiciones dictadas para reducir socialmente a la comunidad. Esta política normativa pretendía la asimilación cultural de los gitanos mediante su abandono del nomadismo y su renuncia a su lengua y costumbres como la vestimenta. Como se ha detallado, desde que llegaron los gitanos a España y durante esos 300 años, hubo junto con ello normas que ilegalizaban sus oficios y les obligaban a someterse al sistema feudal si no querían ser condenados al exilio o a otros castigos, todo con el fin de assimilarlos a la cultura de la mayoría.

La Pragmática de 1783 se siguió hasta 1807 para vigilar el cumplimiento de la “reducción” de los gitanos, pero desde ese año y con la guerra contra Francia, se desintegró la maquinaria administrativa encargada de eso, con lo que los gitanos pudieron librarse de la opresión que les imponía y realizar ciertas actividades en libertad, amparados en la convulsión del periodo.⁴³⁶

A comienzos del siglo XIX se dio un paso adelante muy importante en lo que respecta al estatus jurídico de los gitanos en la península: se firmó la Constitución de Cádiz de 1812, en la que por primera vez se consideraba legalmente como ciudadano español

⁴³⁴ AGUIRRE FELIPE, J., *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía*, op. cit., p. 537-538.

⁴³⁵ SÁNCHEZ, M.H., *Los gitanos españoles. El período borbónico*, op. cit., pp. 338-340.

⁴³⁶ AGUIRRE FELIPE, J., *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía*, op. cit., p. 428.

al gitano nacido en España aun sin tener residencia fija, cosa que era criterio de ciudadanía hasta entonces. Sin embargo, dos años más tarde el rey Fernando VII retornó al reino y anuló todos los derechos constitucionales que se le habían conferido a la población gitana, volviendo a la situación anterior.

APARICIO GERVÁS afirma que durante las Guerras Carlistas –que tuvieron lugar entre los años 1833 y 1876– no hubo una vigilancia tan estricta del tránsito de los gitanos y de hecho podían circular con libertad por el reino, con lo que resurgió el nomadismo dentro de sus costumbres.⁴³⁷ Sin embargo, durante el siglo XIX apareció nuevamente el bandidaje organizado, y a partir de los estereotipos creados a lo largo de la historia se enfatizó la asimilación de los gitanos con los delincuentes, acusándoseles, por ejemplo, de robar niños. Incluso a éstos se les amenazaba con los gitanos para regañarlos por sus travesuras.⁴³⁸

Por lo anterior, se mantuvo un control estricto de las ocupaciones y pertenencias de los gitanos. Según LEBLON, la legislación española del siglo XIX se ocupó principalmente de los gitanos dedicados al comercio de caballos, obligándoseles a llevar consigo dos documentos específicos además de sus papeles personales: uno que establecía la cantidad y las características de sus animales, y otro que mostraba donde apareciera toda compra, venta o intercambio que hicieran de ellos. Sin embargo, en 1878 Alfonso XII anuló las disposiciones anteriores y ordenó que todos los comerciantes de caballos –gitanos o no– debían tener una patente y un documento particular para cada uno de sus animales donde se señalara su especie, proveniencia, edad, la marca y los signos particulares que tuviera. A comienzos del siglo XX, el reglamento sobre animales sin propietario estableció que todo animal del que no se acreditara dueño mediante estos papeles, serían considerados como bienes vacantes.⁴³⁹

En este sentido, cabe destacar que para entonces los gitanos ya estaban siendo incluidos en la ley común junto con los demás españoles, sin requerir legislación específica sólo para ellos. En 1910 tenían la misma obligación del resto de la población, de tener un domicilio y contribuir a los cargos públicos, y podían disfrutar de todos los derechos que tenían los ciudadanos, sin restricción alguna. Podían dedicarse a la actividad u oficio que quisieran y no se les podía acusar de otros delitos que no estuvieran estipulados en el código penal ni condenarlos a otras penas que esta legislación estableciera. De hecho, las normas que se dictaron posteriormente –con respecto al comercio de animales, por ejemplo– no mencionaban a los gitanos de manera especial.

No obstante, el franquismo impuso varias medidas restrictivas hacia los gitanos entre 1936 y 1975, como la prohibición de usar su propia lengua, la cual incluso se consideró como jerga de delincuentes. En 1943 se firmó el reglamento de la Guardia Civil de 1943 recomendaba la estricta vigilancia de los gitanos, especialmente el control de su modo de vida y sus desplazamientos. Es decir, aunque durante la primera mitad del siglo XX no se sometió a los gitanos a leyes específicas, se les seguía vigilando de manera especial porque se les consideraba delincuentes potenciales. Por lo tanto, que ya no hubiera legalmente una “cuestión gitana” no significaba necesariamente que los miembros de la minoría se hubiesen convertido en ciudadanos comunes y corrientes, igual que el resto de la población. De hecho, se les aplicó de manera especial la Ley de Peligrosidad Social de 1970, que sustituía a la Ley de Vagos y Maleantes de 1933.

⁴³⁷ APARICIO GERVÁS, J.M., “Breve recopilación sobre la historia del Pueblo Gitano...”, *op. cit.*, p. 155.

⁴³⁸ CLÉBERT, J.P., *Los gitanos*, *op. cit.*, p. 116.

⁴³⁹ LEBLON, B., *Les gitanes d’Espagne*, *op. cit.*, p. 99.

En general, en el periodo de posguerra los gitanos se dedicaron a las actividades laborales que mejor podían desarrollar, acomodándose a la estructura económica principalmente agrícola del país: venta ambulante, trabajos de feria, cestería, trata de ganado, etc. Todas ellas complementadas con el trabajo agrícola en el campo y la venta de chatarra en la ciudad, por ejemplo. De todos modos, aunque se trata de grupos prácticamente sedentarizados, continuó habiendo cierta movilidad según las circunstancias o conveniencias (una feria de ganado, por ejemplo, mercados o vendimia). En los años sesenta el nuevo mercado fue haciendo obsoletas algunas de estas actividades, pues prefería la reposición antes que la reparación y las redes de distribución en los mercados locales. Así, para fines de la década este modo de vida se acaba definitivamente, haciendo desaparecer estos oficios y llevando a los gitanos a tener que desplazarse a las ciudades, hacinados en chabolas.⁴⁴⁰

Una vez muerto Franco, empezaron a desarrollarse cambios relevantes en la política estatal con respecto a la población gitana en España, llegando a prohibirse el uso de expresiones xenófobas (como “rasgos o aspectos agitanados”) para describir a detenidos en informes jurídicos y policiales. Esto marcó un camino nuevo en este ámbito, que llevaría a la redacción de una Carta Magna con un espíritu totalmente distinto, que abriría una puerta a la lucha del pueblo gitano por sus derechos y por mejorar sus condiciones de vida.

Lo cierto es que, a pesar del oscuro panorama que dibuja el proceso descrito anteriormente, CORRIGGIO afirma que ninguna de esas leyes y políticas lograron hacer desaparecer la identidad gitana en España, y lo único que se consiguió finalmente fue ampliar la brecha entre gitanos y payos, y dificultar así su comprensión mutua.⁴⁴¹

De todos modos, lo que sí se dio probablemente como resultado de lo anterior fue la gradual sedentarización de la mayoría de los gitanos, así como a la modificación de sus oficios, adoptando formas de ganarse la vida que por lo general eran social y legalmente sancionados. También perdieron buena parte de su idioma (el *caló*), que hoy se habla fluidamente muy poco y principalmente entre ancianos, pero mantuvieron su identidad, sus creencias tradicionales y su actitud ante la vida.

Sin embargo, a diferencia de la mayoría de los otros casos europeos, en España estos fenómenos de persecución e intento de asimilación se dieron junto con un proceso gradual de integración cada vez mayor, y puede afirmarse que al menos desde el siglo XIX los gitanos se consideraban ambiguamente parte del imaginario nacional del país. Incluso antes pueden verse situaciones que muestran cómo esta relación gitano-payo estaba llena de contradicciones. GÓMEZ ALFARO afirma, por ejemplo, que mientras se prohibía la aparición de gitanos en bailes y obras teatrales, luego el mismo rey presenciaba festejos populares en los que se incluían danzas gitanas; por otro lado, aunque no debían trabajar en otra cosa que no fuera la agricultura, se les pedía a los gitanos expertos en el arte de la fragua que fabricaran los aperos; también se acudía a sus chalanos para que ayudaran a los payos en la remonta de caballerías para el ejército, a pesar de no tener permitido el comercio de animales; y no fueron pocos los gitanos que participaron con las milicias ciudadanas en distintas guerras, siendo que no se les autorizaba el enrolamiento militar.⁴⁴²

⁴⁴⁰ AGUIRRE FELIPE, J., *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía*, op. cit., pp. 541-542.

⁴⁴¹ CORRIGGIO, J.H., “Gitano legal codes...”, op. cit., pp. 18-19.

⁴⁴² GÓMEZ ALFARO, A., *Legislación histórica española dedicada a los gitanos*, op. cit., p. 15.

La verdad es que puede afirmarse que la historia de los romaníes europeos en general es una de exclusión social y opresión, mientras el paisaje estético del gitano es uno de integración y privilegio, siendo esta paradoja algo esencial para comprender las relaciones entre payos y romaníes. Aunque la existencia de estos últimos era ampliamente marginada, la literatura dibujaba un ambiente gitano en el que se respiraba libertad y agitación. Y en este sentido, se desarrolló una visión romántica del gitano por parte de viajeros y escritores, que lo establecían como símbolo de la libertad y espontaneidad.⁴⁴³ De hecho, desde temprano hubo viajeros franceses y británicos que incluso identificaban al español con el gitano, particularmente en cuando a manifestaciones artísticas y culturales: “a mediados del siglo XIX, los gitanos serían considerados como un elemento clave en todas las descripciones de la danza española”⁴⁴⁴, por ejemplo.

De ese modo, los “payos” fueron paulatinamente apropiándose también de la cultura gitana, su música y sus costumbres, con lo que de a poco fue surgiendo hasta hoy una nueva generación de gitanos jóvenes que tienen acceso a la sociedad mayoritaria y a las instituciones desde donde se formulan las políticas que les afectan. Así han logrado ir situando progresivamente sus demandas en la agenda política pública, centrándose en su reconocimiento y sus derechos ciudadanos y cambiando así el enfoque que trataba el asunto como un “problema” de derecho criminal o integración social. Así es como los programas de desarrollo e integración de los gitanos combinan la lucha contra la pobreza y la marginalidad con la promoción explícita de su cultura y etnicidad.

De acuerdo con DIETZ, son cuatro los tipos de actores que tienen influencia sobre esta agenda, a veces de manera conjunta pero frecuentemente compitiendo entre ellos e incluso duplicando programas, proyectos y servicios.⁴⁴⁵

En primer lugar están las instituciones ligadas a la Iglesia Católica y otras ONGs, que se dedican principalmente a una labor asistencialista, dando servicios laborales, educativos, sociales y de vivienda en los barrios gitanos, aunque en general no integran a sus miembros en sus organizaciones.

Con una función similar están también los actores gubernamentales, con programas de integración que cada vez se orientan más a los problemas gitanos en particular, compitiendo con los servicios que ofrecen las ONGs ya mencionadas.

Por otro lado, recientemente han sido iglesias protestantes pentecostales las que han combinado actividades de re-evangelización y disidencia religiosa contra la Iglesia Católica, con servicios comunitarios participativos que han sido bastante exitosos en sectores pobres pero emprendedores y con afán de superación. Aunque se ha criticado esta actividad por su enfoque individualista, lo cierto es que ha logrado empoderar a familias gitanas marginadas y revitalizar la vida comunitaria en circunstancias altamente conflictivas.

Por último, está también el movimiento gitano surgido en los años noventa a partir de líderes locales y nacionales que se desligaron de otras instituciones y ONGs y se dedicaron a formar nuevas organizaciones independientes. Se trata de lo que DIETZ

⁴⁴³ En general, la obra de CHARNON-DEUTSCH, hace un estudio en profundidad de estas manifestaciones, abarcando desde Cervantes hasta viajeros franceses y británicos.

⁴⁴⁴ CHARNON-DEUTSCH, L., *The Spanish Gypsy. The history of a European obsession*, op. cit., p. 48: “by mid-nineteenth century Gypsies would be considered a key element in all descriptions of Spanish dance”. Traducción propia.

⁴⁴⁵ DIETZ, G., “The State and the Roma in Spain”, op. cit.

denomina como una “intelligentzija étnica” totalmente nueva que insiste en las particularidades culturales y étnicas de ser gitano en la España contemporánea, aunque de todos modos mantiene relaciones cercanas con los gobiernos locales y las asociaciones dominadas por “payos” de las que provenían sus líderes. Sus integrantes han sido pioneros y activos participantes del movimiento europeo pan-romaní, que se enfoca actualmente en proyectos de revitalización del lenguaje y en el reconocimiento legal de la comunidad romaní como minoría nacional no territorial en cada Estado-nación de Europa.⁴⁴⁶

2.3 Marco Normativo Actual

2.3.1 LEGISLACIÓN ESTATAL

La Constitución española del 6 de diciembre de 1978, válida en la actualidad, es el documento legal que reconoce por primera vez la igualdad de los gitanos españoles ante la ley. En concordancia con esto, prohíbe cualquier tipo de discriminación “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (artículo 14).⁴⁴⁷ Además, su artículo 9.2 obliga a los poderes públicos a buscar la igualdad real de todos los grupos (con lo que se incluyen las distintas etnias), pues establece que deben “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.⁴⁴⁸

De este modo se establece una igualdad jurídica que en todo caso no logra evitar las desigualdades que de hecho existen en asuntos como la educación, la salud, la vivienda y el trabajo, aspectos centrales para poder tener condiciones de vida mínimamente aceptables. De todas formas, el documento no se refiere expresamente en ningún momento a las minorías étnicas presentes en el territorio nacional ni reconoce explícitamente a los gitanos como minoría.

La atención a la diversidad en la Constitución de 1978 está enfocada en el reconocimiento del derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones (régimen de comunidades autónomas). En cambio, aunque tengan la ciudadanía, los gitanos españoles no han logrado reconocimiento explícito por parte de los poderes públicos, de su existencia como grupo o comunidad cultural en la Ley Fundamental. De todos modos, éste se ha manifestado en la creación de un Programa de Desarrollo Gitano, al que se destina una partida en los Presupuestos Generales del Estado desde fines de los años '80. Por otro lado, en 1999 se creó en el Congreso una Subcomisión Parlamentaria con el fin de estudiar

⁴⁴⁶ DIETZ, G., “The State and the Roma in Spain”, *op. cit.*

⁴⁴⁷ Entre los diputados constituyentes se encontró el entonces miembro del Grupo Parlamentario de la UCD, Juan de Dios Rodríguez Heredia, que resultó elegido en las elecciones constituyentes de 1977, siendo de este modo el primer parlamentario español de etnia gitana. Rodríguez Heredia ocupó un escaño en el Congreso de 1977 a 1986, integrándose finalmente en el Partido Socialista Obrero Español. Sería posteriormente europarlamentario, en las filas del Partido Socialista Europeo, de 1986 a 1999.

⁴⁴⁸ Constitución Española, Boletín Oficial del Estado nº 311, de 29 diciembre de 1978.

el asunto gitano y formular recomendaciones a los poderes públicos al respecto.⁴⁴⁹ Ya a comienzos del siglo XXI se constituyó también el Consejo Estatal del Pueblo Gitano, un órgano consultivo que asesora al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en materias de políticas de bienestar social con el fin de promover la población gitana. Está conformado tanto por funcionarios estatales como por representantes del movimiento asociativo gitano, y por tanto implica el carácter oficial de la cooperación de este movimiento con la Administración General del Estado en estos asuntos.⁴⁵⁰

Por lo tanto, puede decirse que la acción del Estado con respecto a la comunidad gitana en España se ha basado en políticas de redistribución, dejando de lado las de reconocimiento. El año 2005 el Congreso de los Diputados aprobó una proposición de ley relativa al reconocimiento de los *derechos* del pueblo gitano.⁴⁵¹ El nombre sugiere un énfasis más jurídico en el documento, pero lo cierto es que no menciona nada relativo a su estatus jurídico ni a los derechos concretos que tiene por ser determinado tipo de grupo. Sólo insta al Gobierno español a: i) emprender una campaña de difusión de la cultura gitana; ii) considerar la opinión de las organizaciones romaníes en las iniciativas legislativas culturales y sociales que les afecten; iii) defender ante la UE el reconocimiento de la identidad cultural gitana como propia de Europa; iv) consultar a las asociaciones gitanas acerca de sus necesidades en diversos ámbitos, y v) diseñar propuestas dirigidas a la protección y el reconocimiento de la cultura romaní en la UE. Se trata, entonces, de un reconocimiento más retórico que jurídico, pues no plantea cómo debe reconocerse al grupo ni con qué instrumento.

Años más tarde, en mayo de 2017, se presentó una proposición no de ley sobre el reconocimiento del holocausto gitano, que ha sido aprobada por la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales pero que aún se encuentra en tramitación en el momento en que se escriben estas líneas.⁴⁵² Ésta recuerda que el 2015 el Parlamento Europeo hizo este reconocimiento, y por tanto insta al Gobierno a seguir el ejemplo e institucionalizar el 2 de agosto como día conmemorativo del genocidio del pueblo gitano durante la Segunda Guerra Mundial, junto con impulsar campañas de sensibilización y educación al respecto.

Más recientemente se aprobó en el Congreso de los Diputados, una proposición no de ley sobre el reconocimiento del pueblo gitano.⁴⁵³ Sin embargo, también lo trata sólo de forma simbólica y llamando a una campaña de difusión de la cultura e historia del pueblo gitano; no se insta al gobierno a determinar cuál es su estatus jurídico de forma oficial en la Constitución ni en ningún otro lugar.

Por otro lado, aunque no se les reconozca oficialmente como minoría nacional en España, sí debe entenderse que su existencia como colectivo está protegida no sólo por

⁴⁴⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nº D-459, de 7 de julio de 1999, p. 5

⁴⁵⁰ Real Decreto 891/2005, de 22 de julio, por el que se crea y regula el Consejo Estatal del Pueblo Gitano. Boletín Oficial del Estado nº 204, de 26 agosto de 2005 pp. 29622-29625.

⁴⁵¹ Proposición no de ley relativa al reconocimiento de los derechos del pueblo gitano, de 27 de septiembre de 2005. BOCG Congreso de los Diputados nº D-268, de 4 de octubre de 2005, pp. 9-10.

⁴⁵² Proposición no de ley relativa al reconocimiento y sensibilización de la ciudadanía sobre la memoria del holocausto gitano, de 12 de mayo de 2017. BOCG Congreso de los Diputados nº D-165 de 2 de junio de 2017, pp. 37-38.

⁴⁵³ Proposición no de ley sobre el reconocimiento del pueblo gitano, de 31 de mayo de 2017. BOCG Congreso de los Diputados nº D-179, de 22 de junio de 2017, pp. 16-19.

los instrumentos internacionales que el Estado ha ratificado, sino por lo que establece su Código Penal en el artículo 170:

“Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, *grupo étnico*, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.”⁴⁵⁴

Finalmente, cabe destacar también que la prohibición de la discriminación no queda establecida solamente como un principio, sino que de hecho el Estado español impone castigo específico ante actos discriminatorios, dentro de los cuales se entiende que está incluida la comunidad gitana. Esto, debido a que el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado califica como falta muy grave...

“Toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”⁴⁵⁵

2.3.2 TRATADOS INTERNACIONALES

Fuera de la ley fundamental del Estado, España naturalmente está obligada por los diversos tratados internacionales que ha firmado, dentro de los que pueden enumerarse varias normas relativas a la comunidad gitana que se han adoptado en las tres esferas geo-jurídicas de Europa, y que ya se han desarrollado anteriormente en esta investigación.

a) *Obligaciones de España bajo el CMPMN*

España firmó y ratificó el Convenio Marco sin hacer ninguna declaración adicional y por tanto sin definir cuáles son los grupos que consideraría como minorías nacionales. Sin embargo, el primer Informe Nacional que España remitió al Comité de Ministros del Consejo de Europa el año 2000, se centró principalmente en la situación de la comunidad gitana, dando especial atención al Plan de Desarrollo Gitano.⁴⁵⁶ Con esto, podía entenderse que este colectivo sí debía tomarse en cuenta como una minoría nacional, pero aun así no es algo que esté clarificado oficialmente. De hecho, tras ese documento

⁴⁵⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado nº 281, de 24 noviembre 1995. Énfasis añadido.

⁴⁵⁵ Real Decreto 33/1986 de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, artículo 6.b. Boletín Oficial del Estado nº 15, de 17 enero 1986, pp. 2377-2380.

⁴⁵⁶ Informe de España sobre el cumplimiento del CMPMN, 19 de diciembre de 2000, ACFC/SR (2000) 5. Disponible en <https://rm.coe.int/168008b15d> [última visita: 27 de octubre de 2017]. El Plan de Desarrollo Gitano se creó en 1985 a partir de una Proposición no de Ley (BOCG Congreso de los Diputados nº 110, de 14 de octubre de 1985, p. 7002), consistente en un programa nacional de medidas para promover y mejorar las condiciones de vida de la comunidad gitana en diversos ámbitos (educación, vivienda, salud y empleo), las cuales se financian con fondos de los Presupuestos Generales del Estado, distribuidos por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

hubo un intercambio de opiniones entre el Comité Asesor del Convenio Marco y el gobierno español que resulta significativo para esta investigación. En él, el primero señala que hay poca información acerca de la base legal de la protección de la minoría, dedicándose casi exclusivamente al Plan de Desarrollo Gitano.

Lo anterior parece estar en concordancia con la observación que hace el Comité Asesor acerca de la Constitución de 1978, con respecto a la cantidad de términos que en ella se usa para referirse a la población española en su conjunto: “todos los españoles” (Preámbulo), “el pueblo español” (artículo 1.2) y “la nación española” (Preámbulo y artículo 2). Además, define a sus componentes como “los pueblos de España” (Preámbulo) o “nacionalidades” (artículo 2). De acuerdo con esto –y considerando que al ratificar la CELRM España declaró cuáles eran las lenguas que se consideran regionales o minoritarias, que no ha indicado qué grupos se consideran minorías nacionales y que el idioma es un factor fundamental en la identidad de los pueblos–, el Comité Asesor planteó la pregunta acerca del estatus de los romaníes, pues no están reconocidos legalmente como pueblo ni como minoría nacional.⁴⁵⁷

La respuesta del gobierno español se basa en que no existe en la realidad jurídico-política española un concepto de pueblo como una entidad con características diferenciadas de etnicidad, religión o identidad. Los diversos pueblos se identifican al constituir la base poblacional y sociológica de las distintas Comunidades Autónomas, con diferentes tradiciones culturales y a veces una lengua propia, pero que en su conjunto constituyen un único pueblo –el Pueblo español–, sujeto de la soberanía.⁴⁵⁸ Esta afirmación se basa en el artículo 1.2 de la Constitución española, que dice expresamente: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.”

De todos modos, puede verse cierta preocupación por parte del Comité Asesor del CMPMN con respecto a la situación de los gitanos en España, especialmente en cuanto a la promoción de su cultura, pues considera que no hay marco legal ni política pública coherente que la persiga.⁴⁵⁹ Por lo tanto, el organismo plantea la necesidad de instaurar mecanismos y estrategias institucionales apropiadas, donde se incluya posiblemente el

⁴⁵⁷ Opinión del Comité Asesor del CMPMN sobre España, 27 de noviembre de 2003 ACFC/INF/OP/I(2004)004, artículo 3. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/minorities/country-specific-monitoring> [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁴⁵⁸ Comentarios del Gobierno de España a la Opinión del Comité Asesor sobre la puesta en práctica del CMPMN, 30 de septiembre de 2004, GVT/COM/INF/OP/I(2004)004, artículo 5.9: “*However, there is in any event in the Spanish legal-political reality a concept of a people as an entity as such, with differentiated characteristics of ethnicity, religion or identity. The various peoples are identified in so far as constituting a populational and sociological base of the various Autonomous Communities sharing a cultural tradition and, sometimes, a language of their own but which, overall, constitute a single people, the ‘Spanish people’, holding the sovereignty and acting as constituent power when established as a State.*” Disponible en <https://www.coe.int/en/web/minorities/country-specific-monitoring> [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁴⁵⁹ Opinión del Comité Asesor del CMPMN sobre España, 27 de noviembre de 2003, artículo 5: “*The Advisory Committee notes that, despite the socio-economic difficulties with which they are confronted, the Roma assert with determination the common cultural identity which they share over and beyond specific local features, and which they wish the authorities to recognise and support. In this context, the Advisory Committee finds that there is no real legal framework or coherent public policy aimed at fostering the promotion of the Roma culture, language and traditions.*”

reconocimiento legal del estatus de los gitanos y su lengua. Todo esto, para la preservación de su cultura y la valoración de su identidad.⁴⁶⁰

Ante estos comentarios, el gobierno español recalcó que su informe se limitó precisamente a la comunidad gitana, pues aunque no constituye una minoría nacional reconocida legalmente como tal, es la única que puede enmarcarse en el espíritu del CMPMN. Además, y amparándose en el principio de igualdad y no-discriminación establecido en el artículo 14 de la Constitución Española, recuerda que los romaníes residentes en territorio nacional son ciudadanos de pleno derecho, por lo que no requieren reconocimiento como minoría nacional.⁴⁶¹

Finalmente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa redactó una Resolución que señala que debería prestarse atención especial a la promoción de la cultura, lengua y tradiciones roma, con el fin de facilitar la integración de los gitanos en la sociedad española.⁴⁶²

Tras un segundo informe nacional en abril del 2006 –y la correspondiente opinión del Comité Asesor y la respuesta del gobierno español– el Comité de Ministros aprobó una Resolución en la que, aunque reconoce los esfuerzos realizados para mejorar la situación de los gitanos, afirma que éstos siguen siendo limitados en varios aspectos, principalmente en la puesta en práctica de la legislación para combatir la discriminación. Por lo tanto, sostiene que es necesario que se tome conciencia en el sistema judicial sobre los problemas relacionados con el racismo y el crimen racial. Por otro lado, sugiere la inclusión de referencias a la cultura gitana y en general a la diversidad cultural dentro de la educación escolar. Además, recomienda involucrar más a los gitanos mismos en el diseño, la puesta en práctica y la evaluación de programas destinados a promover su integración. Finalmente, plantea la necesidad de tomar medidas para facilitar el acceso de los miembros de la comunidad romaní a los medios de comunicación y a la educación.⁴⁶³

⁴⁶⁰ Opinión del Comité Asesor del CMPMN sobre España, 27 noviembre 2003, artículo 5: *“The Advisory Committee is of the opinion that suitable institutional strategies and mechanisms are needed, possibly entailing legal recognition of the status of Roma as well as of their language, in order to contribute more effectively to the preservation and development of their culture. The Advisory Committee urges the authorities to identify, together with the persons concerned, the means whereby their identity may be more fully valued.”*

⁴⁶¹ Comentarios del Gobierno de España a la Opinión del Comité Asesor sobre la puesta en práctica del CMPMN, 30 de septiembre de 2004, artículos 6 y 7: *“From the foregoing, it must be deduced that Spanish citizens of the Roma race or ethnicity are citizens with full rights, like remaining Spaniards (Article 14 of the Constitution), as detailed in the previous section. They therefore neither need to be nor may they be recognised as a national minority, because it is legally impossible to classify them as such.”* (Artículo 7.1)

⁴⁶² CONSEJO DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución ResCMN(2004)11, sobre la puesta en práctica del CMPMN por parte de España, 30 de septiembre de 2004: *“Special attention should be given to promoting Roma culture, language and traditions, in order to facilitate a better integration and participation of Roma in Spanish society. More appropriate measures should be devised and implemented in co-operation with the persons concerned, to promote the full and effective equality of Roma in such fields as employment, health, housing, access to public services and education.”*
En:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=778227&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383> [última visita: 10 de octubre de 2017].

⁴⁶³ CONSEJO DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución ResCMN(2008)1, sobre la puesta en práctica del CMPMN por parte de España, 2 de abril de 2008. Disponible en:

El tercer informe nacional que España envió al Consejo de Europa en agosto de 2010 tuvo como resultado final una Resolución del Comité de Ministros en la que se reconoce que se ha avanzado bastante con las medidas tomadas, pero que aún puede verse una fuerte discriminación hacia los gitanos en su acceso a empleo, vivienda y educación, y que han sido desproporcionadamente afectados por la crisis económica que sufre el país. Además, se repiten las observaciones realizadas en resoluciones anteriores, con respecto a los problemas detectados en la aplicación de programas y medidas, así como al desconocimiento que se tiene de la cultura e historia gitanas en el resto de la población. Por lo tanto, el Comité de Ministros llama a tomar medidas para hacer más efectiva la aplicación de las políticas dirigidas a mejorar la situación de la comunidad romaní; eliminar la práctica de “elaboración de perfiles étnicos” en la policía –dirigida hacia personas de ciertos grupos minoritarios– y entrenar mejor a la policía en cuanto a racismo y discriminación; investigar las razones de la persistente concentración de alumnos gitanos en escuelas ubicadas en lugares desaventajados y con bajo rendimiento académico, y asegurar que no haya prácticas discriminatorias en su admisión a las escuelas.⁴⁶⁴

La ignorancia popular con respecto a la cultura gitana volvió a mencionarse en la opinión del Comité Asesor al cuarto informe de España, aunque también reconocía la adopción de un Plan Operacional para 2014-2016 para aplicar la Estrategia Nacional de Integración Gitana 2012-2020. Acerca de su reconocimiento oficial, admitió que la noción de minoría nacional en el sentido del CMPMN no existe en la legislación española, pero celebró el enfoque pragmático del gobierno al considerar a los gitanos bajo su protección. Sin embargo, el grupo ha sido afectado de modo desproporcional por los ajustes presupuestarios, y se necesita más esfuerzo para proteger su cultura y luchar contra la intolerancia hacia ellos. El gobierno español respondió que la sociedad ha evolucionado hacia un nivel más alto de tolerancia y que las ofensas xenófobas han sido perseguidas. No obstante, hay que recordar que, a pesar de los esfuerzos para eliminar las definiciones xenófobas de la palabra “gitano” del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, éstas aún están presentes en él.⁴⁶⁵ Así, la última resolución del Consejo de Ministros al respecto, recomienda al gobierno español aumentar los esfuerzos para combatir el racismo y la intolerancia, así como tomar medidas efectivas en el sistema

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1269615&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>.

⁴⁶⁴ CONSEJO DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución ResCMN(2013)4, de 10 de julio de 2013, sobre la puesta en práctica del CMPMN por parte de España. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2087331&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383#> [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁴⁶⁵ La última edición del citado diccionario (23ª edición, publicada el 2014) eliminó la que figuraba como cuarta acepción del término, que decía “que estafa u obra con engaño”. No obstante, incluyó como quinta acepción del vocablo, la de “trapacero”, que significa el “que con astucias, falsedad y mentiras procura engañar a alguien en un asunto”. Para eliminar esta connotación negativa que contribuye a un estereotipo del gitano como un estafador y sirve así a su discriminación, se presentó el 2015 en el Congreso de los Diputados, una Proposición no de Ley que insta al gobierno a dirigirse a la RAE para suprimir la controvertida acepción (BOCG Congreso de los Diputados, nº D-648, de 17 de abril de 2015, p. 15). Sin embargo, pocos meses más tarde la iniciativa caducó como consecuencia de la disolución de la Legislatura en curso (BOCG Congreso de los Diputados, nº D-758, de 20 de noviembre de 2015, p. 280).

educativo, para aumentar el conocimiento de la cultura gitana entre los niños, como parte integral de la cultura española.⁴⁶⁶

b) *Obligaciones de España bajo la CELRM*

Por otro lado, España también firmó y ratificó la CELRM, con una declaración adicional en la que establece que “se entienden por lenguas regionales o minoritarias las lenguas reconocidas como oficiales en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Baleares, Galicia, Valencia y Navarra. Al mismo tiempo, España declara, a los mismos fines, que por lenguas regionales o minoritarias se entienden aquellas protegidas y apoyadas por los Estatutos de Autonomía en los territorios en los que éstas son tradicionalmente habladas”⁴⁶⁷. Por lo tanto, no se reconoce el romaní como lengua minoritaria; de ese modo, los gitanos pueden usarla en privado y en público y crear sus propios medios de comunicación, pero al relacionarse con la administración pública deben usar una de las lenguas oficiales del Estado (castellano, catalán/valenciano, aranés, euskera y gallego).

Lamentablemente, esta exclusión del romaní de la protección que se les da a las lenguas minoritarias o regionales, contradice el artículo 3 de la Constitución, que afirma que “[l]a riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.”⁴⁶⁸ Es cierto que en el mismo artículo se señala que las lenguas serán oficiales de acuerdo con los Estatutos de cada Comunidad Autónoma, pero eso no quita que el romaní sea al menos una “modalidad lingüística” a la que se dará protección.

Ahora bien, España se refiere a este asunto en el primer informe que envía al Secretario General del Consejo de Europa en noviembre de 2002, reiterando que en su instrumento de ratificación de la Carta no hay referencia alguna a lenguas no territoriales, pero reconociendo que el único idioma que podría reconocerse como tal en este contexto es el romaní. Sin embargo, aclara que es sólo un centenar de personas las que lo usan, es decir, el 0,01% de los gitanos españoles, mientras en Alemania y Francia alcanza un 70%.⁴⁶⁹

Como ocurre en general con las estadísticas sobre la población gitana, no se sabe cuál es el porcentaje de ella que habla el caló, que es el dialecto surgido de la convivencia entre el romanó y el español.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ CONSEJO DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución CM/ResCMN(2016)10, de 6 de julio de 2016, sobre la aplicación del CMPMN por parte de España. Disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806881ee [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁴⁶⁷ Instrumento de ratificación de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, Boletín Oficial del Estado nº 222, 15 septiembre 2001, p. 34733.

⁴⁶⁸ Constitución Española, Boletín Oficial del Estado nº 311, de 29 diciembre 1978.

⁴⁶⁹ Informe sobre la aplicación en España de la Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias, 2002, p. 25. En: www.coe.int/t/dg4/education/minlang/Report/PeriodicalReports/SpainPR1_es.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁴⁷⁰ JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Nicolás, “¿El romanó, el caló, el romanó-kaló o el gitañol? Cincuenta y tres notas sociolingüísticas en torno a los gitanos españoles”, *Anales de Historia Contemporánea*, nº 25, 2009, pp. 149-161, p. 152. En estricto rigor, el autor afirma que el caló de España (hay también un caló distinto en Portugal, otro en Brasil y otro en Argentina, por ejemplo) es un *pogadolecto* –

Algunos trabajos han estudiado el fenómeno en algunas comunidades, pero aclaran que, debido a las muestras y a otros factores –entre los que incluimos la diversidad de la comunidad gitana–, arrojan resultados que son más ilustrativos que representativos.

Un ejemplo de ellos es el que realizaron Gamella, Fernández, Nieto y Adiego, centrado en el conocimiento de los entrevistados con respecto a un cuestionario que incluye vocabulario básico del caló, en comunidades gitanas de Andalucía oriental.⁴⁷¹ La principal conclusión a la que llegan los autores es, lamentablemente, que “[e]l caló, el idioma propio de los gitanos españoles durante los tres últimos siglos, sufre una lenta agonía. No desaparece del todo, pero tampoco está vivo; su conocimiento es hoy escaso y limitado a unas docenas de palabras y unas cuantas estructuras básicas.”⁴⁷² La mayoría de los gitanos percibe esta situación, y los autores señalan que frases como “no queda nada”, “ya no lo hablamos” o “se ha *perdíó* todo” son frecuentes en las entrevistas, con un tono de lamento pero también de resignación ante lo que parece ser un elemento más de la inevitable transformación social que sufren –o asimilación, más bien–.⁴⁷³

La misma impresión tiene Rodríguez-Heredia, para quien el caló “padece una terrible enfermedad que le ha llevado de forma irreversible a la fase terminal de su existencia.”⁴⁷⁴ Ahora bien, lo cierto es que éste es un diagnóstico que se viene haciendo hace ya bastante tiempo. Borrow, por ejemplo, ya en 1851 presentaba, en el apéndice de su *The Bible in Spain*, un vocabulario del habla de los gitanos españoles, señalando que había sido recopilado “en su última etapa de decadencia” y que rápidamente se perdería y relegaría al olvido.⁴⁷⁵ Además, señala que para entonces también los mismos gitanos se

“habla cuya estructura gramatical está tomada de una lengua A, en la cual se inserta un léxico procedente de una lengua B”, pues “ha tomado la estructura gramatical del español y sobre ella ha ido insertando el vocabulario romanó.

⁴⁷¹ GAMELLA, Juan, Cayetano FERNÁNDEZ, Magdalena NIETO e Ignasi-Xavier ADIEGO, “La agonía de una lengua. Lo que queda del caló en el habla de los gitanos. Parte I. Métodos, fuentes y resultados generales”, *Gazeta de Antropología*, nº 27(2), 2011, artículo 39. Disponible en http://www.ugr.es/~pwlac/G27_39Juan_Gamella-y-otros.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017]. El léxico del cuestionario, que se presenta en el Apéndice del estudio, “incluye unos 355 términos de caló equivalentes a unos 290 glosas o términos castellanos. Para varias palabras castellanas, por lo tanto, se ofrecen varios sinónimos en caló, con lo que se pretende conocer el conocimiento que los hablantes tienen de cada una de las variedades. Por ejemplo, de ‘pan’, que designa un alimento primario, se ofrecen las opciones, todas de origen romaní: *tató*, *manró*, *jumer* y *marrocate*, que hemos encontrado en varios diccionarios y en la conversación con informantes gitanos.”

⁴⁷² GAMELLA, J., C. Fernández, M. NIETO e I.-X. ADIEGO, “La agonía de una lengua...”, *op. cit.*, p. 15. Según este trabajo, el vocabulario vivo del caló, el menos en la zona estudiada, se compone de entre 350 y 400 términos básicos, de los cuales los gitanos conocen entre un 10 y 70 por ciento. Además, ese conocimiento es muy diverso y está muy repartido (p. 16).

⁴⁷³ GAMELLA, J., C. Fernández, M. NIETO e I.-X. ADIEGO, “La agonía de una lengua...”, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁷⁴ RAMÍREZ-HEREDIA, Juan de Dios, “La dramática situación del romanó en España: un controvertido reto para su recuperación”, *O Tchatchipen*, nº 58, 2007, pp. 22-29, p. 24.

⁴⁷⁵ BORROW, George, *The Bible in Spain, and the Gypsies of Spain*, Robert Carter and Brothers, Nueva York, 1851, p. 121: “With all its faults, we recommend this Vocabulary to the Reader, assuring him that it contains the elements of the speech of a most extraordinary people, the Spanish Gypsies – a speech which, if this memento preserve it or not, must speedily be lost, and consigned to entire oblivion—a speech which we have collected in its last stage of decay, at the expense of much labour and peril, during five years spent in unhappy Spain –Spain, which we have traversed in all directions, mindful of the proverb–.” (Énfasis añadido)

daban cuenta de esa situación.⁴⁷⁶ No obstante, el caló sobrevivió hasta hoy, quizá manteniéndose siempre en ese estado crítico. De hecho, ya en la segunda mitad del siglo XX, por ejemplo, McLane, al estudiar el uso del mismo en Guadix –área agrícola a 300 milas de Granada–, se volvió a referir a esta lengua como una que está “en su fase final hacia la extinción”, reducido a un vocabulario de doscientos elementos.⁴⁷⁷

Fuera de la poca cantidad de gitanos que conoce el caló español, y como se explicaba en la nota 470, lo cierto es que éste se reduce a algunas palabras sueltas, sin saber unir las ni conjugarlas sin tener que recurrir a las reglas gramaticales del castellano. De acuerdo con Ramírez-Heredia, “[e]l *kaló* no es ningún idioma. El *kalò* no es ni siquiera un dialecto del *romanò*. El *kalò* no tiene gramática propia ni reglas de ningún tipo que le permitan ser considerado una rama autonómica del *romanò*. Lamentablemente, el *kalò* no es nada más que un conjunto de palabras con origen en el *romanò* que los gitanos españoles han conservado, de generación en generación, aunque, ¡eso sí! son fundamentalmente las mismas que hoy en día utilizan todos los gitanos del mundo en su conversación diaria.”⁴⁷⁸

Ahora bien, la situación precaria de la lengua propia de los gitanos españoles no tiene por qué ser motivo para descuidarla o para no promoverla. De hecho, todo lo contrario. El mismo Ramírez-Heredia, por ejemplo, ha destacado en otro lugar la importancia de recuperar el *romanó-kaló* con el fin de poder comunicarse con las demás comunidades romaníes en el mundo.⁴⁷⁹ Este interés le ha llevado a elaborar y promover su estandarización, con el fin de proveer a los gitanos españoles, portugueses y del sur de Francia, de un instrumento normalizado que respete las singularidades del caló conservadas hasta hoy, pero que adopte las reglas gramaticales esenciales del *romanó* universal. En este sentido, la propuesta se basa en la flexibilidad, considerando que “[u]na lengua utilizada por más de doce millones de personas en todo el mundo, que carece de una autoridad científica que fije las normas y regule las incorporaciones de nuevos vocablos al acervo común de todos sus hablantes, ha de tener, forzosamente muchas y significadas contradicciones.”⁴⁸⁰ Acton hace eco de esta modalidad, apostando por el respeto de las particularidades de cada comunidad específica, a partir de una gramática “que dé vida, que reclame de una forma distinta el discurso de las calles: una lengua estándar como una bandera, como un punto central para la gente, no como una prisión,

⁴⁷⁶ BORROW, G., *The Bible in Spain...*, *op. cit.*, p. 62. El autor relata cómo propuso a un grupo de gitanos traducir al caló el credo apostólico, diciendo que frecuentemente les había oír lamentarse de la gradual decadencia de esta lengua: “I proposed that, as we had no better means of amusing ourselves, we should endeavour to turn into the Calo language some piece of devotion, *that we might see whether this language, the gradual decay of which I had frequently heard them lament, was capable of expressing any other matters than those which related to horses, mules, and Gypsy traffic.*” (Énfasis añadido)

⁴⁷⁷ MCLANE, Merrill, “The Caló of Guadix: a surviving Romani lexicon”, *Anthropological Linguistics*, vol. 19, nº 7, 1977, pp. 303-319, p. 303: “This paper attempts to provide additional data on the process by examining the remnants of a language which appears to be in its final step toward extinction, having been reduced to a vocabulary of two hundred items. The language is the Romany Caló.” (Énfasis añadido)

⁴⁷⁸ RAMÍREZ-HEREDIA, J.D., “La dramática situación del romanó en España...”, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁷⁹ RAMÍREZ-HEREDIA, Juan de Dios, “La lengua gitana: recuperación del romanó-kaló”, *I Tchatchipen*, nº 2, 1993, pp. 35-37, p. 37.

⁴⁸⁰ RAMÍREZ-HEREDIA, J.D., “La dramática situación del romanó en España...”, *op. cit.*, p. 24.

como cuatro paredes que establecen fronteras.”⁴⁸¹

No obstante, esta estandarización del *romanó-kaló* no ha trascendido mayormente ni ha ganado aceptación entre los lingüistas romaníes. Por lo mismo, “[e]n España, se conoce muy poco el romanó estándar. Tan sólo en algunos círculos muy restringidos. Nunca hasta ahora se ha hecho ningún esfuerzo para su difusión más allá de la realización de algún que otro cursillo o la publicación de algún artículo en las revistas gitanas.”⁴⁸² El proyecto ha tenido apoyo de algunas asociaciones gitanas, pero como la mayoría de los calós españoles no conocen sus actividades, “[e]l intento de reintroducir el uso del romanó en España es una cuestión elitista y, por ello, minoritaria.”⁴⁸³ Al respecto, Ramírez-Heredia se lamenta de la falta de maestros gitanos capacitados para enseñar romanó en las escuelas.⁴⁸⁴

En este panorama, el reconocimiento del caló como lengua minoritaria sería significativo en el marco de su protección bajo la CELRM, con el fin de promover más activamente estos proyectos.

Dentro de esto, Rodríguez-Heredia se pregunta: “¿y por qué la lengua gitana, el kalò en este caso, no se implanta, se desarrolla y se enseña entre nosotros, como se hace con el resto de los idiomas peninsulares?”⁴⁸⁵

La recuperación, preservación y desarrollo de las lenguas tiene gran importancia para las minorías étnicas y nacionales, pues se trata de uno de los elementos distintivos más relevantes de una cultura: “los movimientos lingüísticos de revitalización son muy importantes para muchas minorías, ya que pueden marcar un final de una larga historia de discriminación y estigmatización y de este modo resultar ser el comienzo de una nueva y positiva identidad como minoría.”⁴⁸⁶

Esto es especialmente significativo en el caso estudiado, ya que, “[a] falta de una identificación religiosa, económica, política o lingüística compartida por la mayoría de los calós de España, la identidad romaní, la *romipén*/gitanidad, se articula en torno a unos rasgos culturales inestables, cambiantes, complejos, diversos en sus formas concretas”⁴⁸⁷, lo que implica cierta debilidad en el sustento del sentimiento de pertenencia al grupo. Por esta razón, el asociacionismo gitano se ha preocupado de definir la cultura caló, para lo cual es indispensable el idioma como herramienta de identificación. De hecho, a juicio de algunos autores el caló español es “una forma de expresión que incorpora un fuerte sentido identitario. Ya no suele usarse para expresar algo diferente; en su propio uso está la diferencia. Lo más importante que se expresa en caló es la diferencia cultural, étnica si

⁴⁸¹ ACTON, Thomas, “La necesidad de crear un romanó estándar”, traducción de Sergio Rodríguez, / *Tchatchipen*, nº 11, 1995, pp. 22-28, p. 28.

⁴⁸² JIMÉNEZ, N., “¿El romanó, el caló, el romanó-kaló o el gitañol?...”, *op. cit.*, p. 157.

⁴⁸³ JIMÉNEZ, N., “¿El romanó, el caló, el romanó-kaló o el gitañol?...”, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁸⁴ RAMÍREZ-HEREDIA, J.D., “La dramática situación del romanó en España...”, *op. cit.*, p. 29. El autor afirma que en España sólo conoce a dos personas que califican para esto: Nicolás Jiménez – sociólogo gitano con gran experiencia en el movimiento asociativo gitano español– y Carlos Muñoz –autodidacta que se ha vuelto una de las personas más activas en la enseñanza del romanó universal en España–.

⁴⁸⁵ RAMÍREZ-HEREDIA, J.D., “La dramática situación del romanó en España...”, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁸⁶ ANDERSSON, Pierre, *Actitudes hacia la variedad caló y sus hablantes: un estudio sociolingüístico de las opiniones de adolescentes andaluces*, tesis doctoral dirigida por Ingmar Söhrman y Mats Mobärg, Universidad de Gotemburgo, 2016, p. 213.

⁴⁸⁷ JIMÉNEZ, N., “¿El romanó, el caló, el romanó-kaló o el gitañol?...”, *op. cit.*, pp. 158-159.

se quiere, de un grupo que sigue reconociéndose distinto sin que le sea fácil precisar los fundamentos de esa diferencia, que suelen ser más vividos que razonados, más existenciales que sistemáticos, más implícitos en la acción que explícitos en los discursos, normas y concepciones que, además, se están replanteando radicalmente en las últimas décadas.”⁴⁸⁸

c) *Obligaciones de España bajo la Carta Social Europea*

España también incluye los planes y estrategias que ha llevado a cabo para mejorar la situación de la comunidad gitana, en los informes que envía al Comité Europeo de Derechos Sociales para dar cuenta de su cumplimiento de la Carta Social Europea (en este caso, de la de 1961, pues España no ha ratificado aún el texto revisado de 1996). Así, por ejemplo, en el último, registrado en octubre de 2016, destaca el trabajo desarrollado en este sentido en el área de la salud, con el fin de asegurar su acceso en condiciones de igualdad y contribuir de ese modo a su integración.⁴⁸⁹

Los comentarios del Comité, sin embargo, no se enfocan mayormente en el caso de los gitanos, pues no controla un instrumento dedicado a las minorías sino a los derechos sociales en general. Por lo mismo, el informe que realizó en enero de 2017 con respecto al cumplimiento de la Carta, se centró en asuntos de empleo, formación e igualdad de oportunidades.⁴⁹⁰ De todos modos, hay ciertas menciones indirectas a los gitanos, por cuanto se refiere positivamente al Consejo para la Eliminación de la Discriminación Étnica o Racial, cuyas tareas incluyen el apoyo y la asistencia a víctimas de la misma, llevando a cabo investigaciones independientes. En cuanto al trabajo directamente relacionado a los gitanos, sólo destaca que, bajo el Plan Estratégico Ciudadanía e Integración 2011-2014, se ha diseñado una estrategia para combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas de intolerancia. En este sentido, destaca que, si bien la estrategia no se orienta específicamente a grupos determinados, toma en consideración el hecho de que la situación de los migrantes y precisamente de los gitanos, es la más vulnerable.

2.3.3 LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

En la actividad legislativa de los parlamentos autonómicos puede observarse que en general la situación de la minoría gitana sigue siendo preocupante, motivando iniciativas legales con respecto a su marginación social y sus condiciones de vida. Cabe destacar, de todos modos, la existencia de normativas acerca del reconocimiento del grupo y de su valor cultural dentro de la sociedad en algunas comunidades autónomas.

En primer lugar, destacan ciertos documentos acerca de la situación socioeconómica de los gitanos. En octubre de 1996, por ejemplo, en el Parlamento de Andalucía se aprueban dos proposiciones no de ley acerca de la situación de familias

⁴⁸⁸ GAMELLA, J., C. Fernández, M. NIETO e I.-X. ADIEGO, “La agonía de una lengua...”, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁸⁹ Gobierno de España, Informe nº 29 sobre la aplicación de la Carta Social Europea, RAP/Cha/ESP/29(2017), registrado el 19 de octubre de 2016.

⁴⁹⁰ 1961 European Social Charter, European Committee of Social Rights, Conclusiones XXI-1 (2016) – Spain, enero 2017. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/-/discrimination-remains-widespread-in-the-states-parties-to-the-european-social-charter> [última visita: 27 de octubre de 2017].

gitanas en Málaga.⁴⁹¹ En ellas se describe el hostigamiento y la marginación social que sufren, lo que les lleva a la delincuencia para sobrevivir. De esa manera, se insta al Consejo de Gobierno a adoptar las medidas necesarias y desarrollar un programa para su integración y para asegurar que vivan en condiciones básicas y que se respeten sus derechos humanos más esenciales. Además, se establece la necesidad de elaborar un plan de acciones integradas para abordar los problemas de asistencia social, escolarización, droga, vivienda y empleo que presenta esta comunidad. Cabe destacar que en esta Comunidad Autónoma se creó el Plan Integral para la Comunidad Gitana de Andalucía en 1996⁴⁹², el cual es gestionado por la Secretaría de Estudios y Aplicación para la Comunidad Gitana⁴⁹³. Puede verse, entonces, que las preocupaciones del Parlamento tuvieron sus frutos poco tiempo después.

Dentro de los temas específicos de preocupación por la situación general de los gitanos, destaca la educación. A fines de 1987, por ejemplo, se aprobó una proposición no de ley presentada por el Parlamento de Galicia, en la que se insta al gobierno a tomar medidas para la inserción de los niños gitanos en las escuelas, la alfabetización y la formación profesional de la población gitana adulta, y la conservación de su cultura por los niños gitanos, así como la inserción de dichas escuelas en un proyecto de desarrollo comunitario.⁴⁹⁴ En general, en Galicia puede verse una atención constante del Parlamento hacia la educación de los gitanos. Así, en 1990 se presenta una nueva proposición no de ley acerca de la necesidad de su escolarización efectiva, con el fin de acabar con su marginación⁴⁹⁵, y más adelante, el año 2001, se plantea también la necesidad de mejorar la planificación de la educación compensatoria, para que no se frustre el proceso de integración de los menores gitanos que han entrado a la escuela.⁴⁹⁶ Esto demuestra, por un lado, que la educación de los gitanos sigue siendo un problema, pero por otro, que se ha ido avanzando en ello.

Otro ejemplo puede encontrarse en La Rioja, donde destaca una proposición no de ley de octubre del 2005 en la que se insta al Gobierno autonómico a tomar una serie de medidas con respecto a la educación de los gitanos, tales como: la creación de un “monitor de seguimiento escolar gitano”; la eliminación de la segregación de la población escolar gitana y de su fracaso y absentismo escolar; el fomento de la educación de la cultura gitana, y destinar fondos para becas y ayudas para estudios medios y superiores de jóvenes gitanos.⁴⁹⁷

Dentro de la educación, un asunto que llama especial atención en Andalucía es la situación de la mujer gitana en ella. Así, en 1999 se aprueba una proposición no de ley acerca de su acceso a la enseñanza universitaria, abogando por el fomento de la permanencia de las niñas gitanas en los colegios hasta completar la Educación Secundaria

⁴⁹¹ Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía nº 53, de 29 octubre 1996, p. 4536.

⁴⁹² El Plan Integral fue aprobado por acuerdo del Consejo de Gobierno el 26 de diciembre de 1996, disponible en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 22, de 20 de febrero de 1997, pp. 2028-2031. Es un instrumento de integración y coordinación de todas las áreas, servicios y programas a desarrollar en los diferentes ámbitos de la Comunidad Autónoma de Andalucía dirigidos al colectivo gitano andaluz.

⁴⁹³ Dicha Secretaría había sido creada en 1985, por la Orden de 7 de octubre, como un órgano específico de asesoramiento y coordinación de la Junta de Andalucía en cuanto a la promoción de la comunidad gitana. BOJA nº 97, 15 de octubre de 1985, pp. 2851-2852.

⁴⁹⁴ Boletín Oficial del Parlamento de Galicia nº 199, de 11 de diciembre de 1987, pp. 4158-4159.

⁴⁹⁵ Boletín Oficial del Parlamento de Galicia nº 16, de 30 de marzo de 1990, p. 195.

⁴⁹⁶ Boletín Oficial del Parlamento de Galicia nº 712, de 8 de marzo de 2001, p. 29368.

⁴⁹⁷ Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja nº 182, de 11 de octubre de 2005, p. 3440.

Obligatoria, y por la dotación de ayudas específicas al estudio y al acceso de las mujeres gitanas a enseñanzas universitarias.⁴⁹⁸ En Andalucía la preocupación por las necesidades de las mujeres gitanas en particular parece ser un tema significativo, considerando que son doblemente discriminadas: por ser mujeres y por ser de la etnia gitana. A raíz de esto se aprueba el 2005 una proposición no de ley sobre su integración social, instando a desarrollar campañas de concienciación para acabar con su discriminación.⁴⁹⁹

Además de las condiciones socioeconómicas concretas en las que viven los gitanos en España, hay varias iniciativas legales de algunos parlamentos autonómicos que muestran una profunda preocupación por la marginación social de la que son víctimas a causa del racismo y la xenofobia que al parecer aún no pueden desterrarse de la sociedad.

En País Vasco, por ejemplo, se presenta en 1991 una proposición no de ley que no trata específicamente de los gitanos pero sí acerca de un asunto que les atañe de manera directa: el racismo y la xenofobia.⁵⁰⁰ Se ha visto en esta investigación que los instrumentos internacionales contra el racismo son de utilidad para la protección de las minorías etno-nacionales. Por eso resulta significativo destacar la preocupación del Parlamento Vasco con respecto al resurgir del fascismo, el racismo y la xenofobia en Europa, algo que condena y contra lo cual insta al gobierno autonómico a elaborar un plan de acción integral. Cabe destacar de todos modos, que al plantear este resurgimiento el Parlamento señala que su preocupación se debe a ciertos sucesos como reacciones negativas generalizadas ante la presencia de gitanos e inmigrantes, por lo que claramente es algo que incumbe a este grupo étnico. Por eso mismo, en su quinto punto hace mención especial a los derechos individuales y *colectivos* de la comunidad gitana vasca, incluyendo aquéllos a la vivienda, el trabajo y la educación, así como al desarrollo de su propia cultura. La mención de derechos colectivos nos parece bastante significativa, considerando el rechazo que hay en general a nivel de gobierno en los distintos Estados, a reconocer este tipo de derechos.

Este espíritu se mantiene casi diez años más tarde, al aprobarse en febrero del 2000 una proposición no de ley en la que se insta a fomentar una cultura contra el fascismo, el racismo y la xenofobia y a favor de la tolerancia y la no-violencia.⁵⁰¹ Como se puede ver, se trata de un problema constante que no encuentra solución definitiva y que está vigente aún. De hecho, cinco años más tarde se aprueba en Andalucía una proposición no de ley acerca de la imagen pública de la comunidad gitana, señalando que es necesario reforzar las acciones de sensibilización social para erradicar los estereotipos negativos que aún hay hacia sus miembros.⁵⁰² Acerca de esto, es preocupante notar que ya a comienzos del siglo XXI se mantenga una visión del gitano tan negativa como la que se tenía siglos atrás, la cual han destacado diversos estudios antropológicos y sociológicos. En palabras de CALVO BUEZAS, "...la imagen paya de los gitanos permanece como algo petrificado históricamente, con rasgos substancialmente similares a través de los siglos; los nuevos atributos o cualidades étnicas son adornos accidentales, que no alteran el aspecto global o la impresión afectiva-cognitiva del 'otro' gitano; a veces los nuevos rasgos no hacen más que reforzar y remarcar los ancestrales estereotipos."⁵⁰³

⁴⁹⁸ Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía nº 312, de 26 de marzo de 1999, pp. 18130 y 18131.

⁴⁹⁹ Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía nº 171, de 5 de abril de 2005, p. 10654.

⁵⁰⁰ Boletín Oficial del Parlamento Vasco nº 25, de 27 de diciembre de 1991, p. 1607.

⁵⁰¹ Boletín Oficial del Parlamento Vasco nº 69, de 31 de marzo de 2000, pp. 6096-6097.

⁵⁰² Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía nº 318, de 11 de noviembre de 2005, p. 18239.

⁵⁰³ CALVO BUEZAS, Tomás, *¿España racista? Voces payas sobre los gitanos*, Anthropos, Barcelona, 2000 [reimpresión de la 1ª ed. de 1990], pp. 22-23.

Posteriormente, el Parlamento de las Islas Baleares aprueba el año 2010 una proposición no de ley en la que rechaza directamente la “romafobia”, comprometiéndose con la defensa de los derechos del pueblo gitano y condenando la deportación de ciudadanos gitanos europeos por parte de Estados miembros de la Unión Europea.⁵⁰⁴ Incluso el año 2014 el Parlamento Vasco presentó una nueva proposición no de ley del mismo tenor de la del 2000, con el fin de eliminar actitudes xenófobas y racistas, así como la estigmatización de ciertos grupos por parte de las instituciones y los representantes políticos.⁵⁰⁵ Esto, a raíz de unas declaraciones anti-gitanas del alcalde de Sestao y otras contra los musulmanes por parte del alcalde de Vitoria, lo que demuestra que es un problema actual y que no sólo se advierte en algunos sectores sociales sino incluso en cargos públicos relevantes.

A raíz de esta marginación que sufre el colectivo gitano hasta bien entrado el siglo XXI, es que algunos parlamentos autonómicos presentan normativas para fomentar su integración en la sociedad española. En Galicia, por ejemplo, se aprueban dos proposiciones no de ley: una de 1995 para la mejora de programas de integración social dirigidos a ciertos grupos, en particular el gitano⁵⁰⁶; y otra del 2003 que busca establecer un programa de inserción e integración real de los ciudadanos de etnia gitana⁵⁰⁷. Como al parecer el problema no se soluciona tan fácilmente, el año 2008 el parlamento gallego publica una declaración institucional a favor de la inclusión social, afirmando que la exclusión afecta a sectores de la población como a personas de etnia gitana y otros colectivos.⁵⁰⁸

Otra declaración institucional relacionada con lo anterior se aprueba en Murcia el 2005, en apoyo a la campaña de sensibilización de la fundación Secretariado Gitano para mejorar la imagen de la comunidad gitana.⁵⁰⁹ Por lo general, la marginación social de los gitanos se debe a estereotipos y prejuicios que se ha fabricado la sociedad en base al desconocimiento de su cultura. Por eso es que el mismo año el Parlamento de La Rioja insta al Gobierno de la nación –a través de una proposición no de ley– a promover la cultura, historia, identidad y lengua del pueblo gitano.

En algunos casos, estas propuestas han llegado un poco más lejos y han declarado un día oficial para conmemorar al colectivo en cuestión o afirmar su reconocimiento. Así, por ejemplo, en 1996 Andalucía aprueba una declaración institucional que establece el 22 de noviembre como “día de los gitanos andaluces”, esperando que esta celebración sirva para romper estereotipos, mejorar el conocimiento de todas las culturas que conviven en esta comunidad autónoma, y acabar con la intolerancia y la marginación hacia cualquier grupo social.⁵¹⁰ De hecho, con motivo de la celebración de este día, el 2014 se aprueba una Declaración Institucional muy significativa⁵¹¹, en la que se refiere al deber del Parlamento autonómico de combatir el racismo y la exclusión que sufre la comunidad gitana, para lo cual consideran fundamental cuidar la imagen que de ella se construye en los medios de comunicación. Dentro de esta iniciativa, merece mención especial el

⁵⁰⁴ Boletín Oficial del Parlamento de las Islas Baleares nº 149, de 5 de noviembre de 2010, pp. 5384-5385.

⁵⁰⁵ Boletín Oficial del Parlamento Vasco nº 91, de 29 de agosto de 2014, pp. 16119-16120.

⁵⁰⁶ Boletín Oficial del Parlamento de Galicia nº 237, de 30 de marzo de 1995, p. 6186.

⁵⁰⁷ Boletín Oficial del Parlamento de Galicia nº 340, de 23 de abril de 2003, pp. 17814-17815.

⁵⁰⁸ Boletín Oficial del Parlamento de Galicia nº 565, de 2 de junio de 2008, pp. 80267-80268.

⁵⁰⁹ Boletín Oficial de la Asamblea Regional de Murcia nº 87, de 14 de diciembre de 2005, p. 4527.

⁵¹⁰ Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía nº 61, de 26 de noviembre de 1996, p. 5403.

⁵¹¹ Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía nº 573, de 28 de noviembre de 2014, pp. 45-46.

párrafo que dedica a la valoración de la cultura romaní en la sociedad andaluza, que constituye siempre un aporte al cambio de perspectiva desde la que se mira a este colectivo. Literalmente, la Declaración señala lo siguiente:

“Y es que la cultura y la identidad gitanas se han fusionado tan fuertemente con la propia de esta comunidad autónoma que esta tierra, sin la aportación gitana, ni sería igual ni sería tan grande, tal y como se reconoce en el ámbito internacional cuando se analiza la actividad cultural y artística andaluza y se valora este gran patrimonio que atesora Andalucía.”

Cabe destacar también, que en Andalucía la Ley Orgánica 2/2007 de Reforma del Estatuto de Autonomía de dicha comunidad, afirma que dentro de sus competencias está “la promoción de las condiciones necesarias para la plena integración de las minorías y, en especial, de la comunidad gitana para su plena incorporación social” (artículo 10, apartado 21).⁵¹² El mismo compromiso adquieren las Cortes de Aragón a través de su Ley Orgánica 5/2007, en cuyo artículo 23 afirma que “se promoverá la integración de las minorías étnicas, en especial, de la comunidad gitana”.⁵¹³

En 1998, por otra parte, se presenta en Murcia una moción parlamentaria para conmemorar el Día Regional del Pueblo Gitano.⁵¹⁴ Además, se presenta otra moción que sugiere tomar medidas para la promoción del pueblo gitano, pues se considera que es insuficiente la sola celebración de un día dedicado a este colectivo. Estas medidas se orientan a la integración laboral, la vivienda, el combate contra el racismo y la discriminación, la promoción de su cultura y el impulso a su derecho a la educación.⁵¹⁵

En otras comunidades autónomas los Parlamentos se manifiestan al respecto una década después, pudiendo encontrarse el 2008 una declaración institucional en la que se establece el Día de la Comunidad Gitana en Navarra, por ejemplo.⁵¹⁶ Ahora bien, este documento incluye también el reconocimiento de la importancia del colectivo en la ciudadanía navarra y de su riqueza cultural. También menciona la necesidad del cumplimiento efectivo de las leyes que favorezcan la incorporación de la comunidad gitana a la sociedad navarra, para lo cual apoya el trabajo desde las entidades gitanas. Por último, aboga por una mejor imagen del pueblo gitano y la eliminación de prejuicios y estereotipos, y llama a la ciudadanía en general a participar en estas conmemoraciones. Se trata de un documento más elaborado, cuyo reconocimiento a la importancia del colectivo le da mayor significado, y que prácticamente se repite en declaraciones institucionales muy similares el año 2009⁵¹⁷ y el 2010⁵¹⁸. Cabe destacar que posteriormente en esta comunidad autónoma se aprobó otra declaración institucional en la que se condena la intolerancia religiosa y la incitación, el acoso o la violencia contra personas o comunidades basadas en el origen étnico o las creencias religiosas. Este documento resulta significativo para nuestra investigación porque en él se hace una referencia importante al pueblo gitano: el primer lugar, se reafirma que sus miembros tienen los mismos derechos y obligaciones que el resto de las personas; además, se renueva su compromiso de cooperación para impulsar la normalización de la comunidad

⁵¹² Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

⁵¹³ Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

⁵¹⁴ Boletín Oficial de la Asamblea Regional de Murcia nº 157, de 17 de marzo de 1998, p. 7553.

⁵¹⁵ Boletín Oficial de la Asamblea Regional de Murcia nº 189, de 8 de octubre de 1998, p. 8127.

⁵¹⁶ Boletín Oficial del Parlamento de Navarra nº 38, de 25 de abril de 2008, p. 11.

⁵¹⁷ Boletín Oficial del Parlamento de Navarra nº 35, de 27 de abril de 2009, p. 3.

⁵¹⁸ Boletín Oficial del Parlamento de Navarra nº 35, de 9 de abril de 2010, p. 13.

gitana en todos los ámbitos, mejorar la imagen que se tiene de sus miembros y acabar con los estereotipos negativos que dificultan su integración en la sociedad. Por último, el Parlamento de Navarra solicita al Gobierno de España que traslade esta declaración a las instituciones competentes en Francia y haga gestiones para que finalicen las expulsiones de asentamientos gitanos.⁵¹⁹

Otro ejemplo lo constituye una declaración institucional del Parlamento de La Rioja del año 2006, en la que se manifiesta el apoyo a este colectivo uniéndose a la celebración del Día Internacional del Pueblo gitano y al reconocimiento de su historia, su lengua y su cultura.⁵²⁰ A la vez, en este documento se establece el apoyo a su voluntad de hermanarse con los gitanos de todo el mundo y con sus conciudadanos, animando a la sociedad riojana y a las instituciones autonómicas a favorecer su respeto y convivencia. Para esto fomenta la difusión de su cultura para un mejor conocimiento y valoración del grupo.

Por otro lado, las Cortes de Castilla y León aprueban el 2010 una declaración institucional en la que también aprovecha el Día Internacional del Pueblo Gitano para manifestar un reconocimiento al colectivo gitano de dicha comunidad autónoma, declarándolo como parte inseparable de la sociedad castellana.⁵²¹ Cabe destacar que la Ley Orgánica 14/2007 de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León menciona a la comunidad gitana en su artículo 16.23, estableciendo como uno de sus principios rectores la no-discriminación y el respeto a la diversidad de los distintos grupos étnicos, con especial atención a la comunidad gitana.⁵²²

Madrid, por su parte, determinó el “Día de los gitanos madrileños” el año 2016, en una declaración institucional que reconoce el aporte histórico de la población gitana en la región y condena toda discriminación hacia ella.⁵²³ Llama la atención en este documento, que la Asamblea de Madrid incluya un párrafo en que afirma que la igualdad jurídica establecida en la Constitución, terminó con la marginación de dicha comunidad y con la pérdida de buena parte de su cultura, lo que evidentemente no ha sido así.⁵²⁴

Finalmente, también la Asamblea de Extremadura se sumó a la celebración del Día Internacional del Pueblo Gitano, aprobando una declaración institucional en la que reconoce las persecuciones y el genocidio que han afectado a dicha comunidad, enfatizando en su obligación de combatir el racismo y todo tipo de discriminación, y apuntando también al rol que cumplen los medios de comunicación en la creación de estereotipos culturales.⁵²⁵

Todas estas menciones a nivel autonómico ciertamente tuvieron sus efectos a nivel nacional, pues después de ellos, recién el año 2017, el Congreso de los Diputados se

⁵¹⁹ Boletín Oficial del Parlamento de Navarra nº 90, de 17 de septiembre de 2010, p. 8.

⁵²⁰ Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja nº 170, de 18 de abril de 2006, p. 1086.

⁵²¹ Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León nº 310, de 20 de abril de 2010, pp. 25570-25571.

⁵²² Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, artículo 16.23.

⁵²³ Declaración Institucional 8/2016, Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid nº 62, de 26 de mayo de 2016, págs. 6963-6964.

⁵²⁴ Literalmente, el párrafo dice lo siguiente: “El devenir histórico de la población gitana madrileña aún a momentos que van desde la acogida y hospitalidad hasta diferentes manifestaciones de rechazo que dieron lugar a su marginación y a la pérdida de gran parte de su identidad cultural, situación a la que puso término, desde el establecimiento de la igualdad jurídica para todos los españoles, la Constitución de 1978.”

⁵²⁵ Boletín Oficial de la Asamblea de Extremadura nº 433, de 11 de abril de 2017, pp. 5-7.

suma a la celebración del Día Internacional del Pueblo Gitano mediante una declaración institucional⁵²⁶ en la que valida sus símbolos y su himno, y se compromete a luchar contra la discriminación y en pos de la convivencia intercultural plena. Posteriormente aprobó una proposición no de ley con la que insta al Gobierno a declarar el 8 de abril como Día del Pueblo Gitano, y a estudiar la aprobación de la bandera y el himno gitanos, para que puedan ser utilizados en el protocolo de las ceremonias institucionales relativas a este pueblo.⁵²⁷

Finalmente, aunque no establece una celebración del día del pueblo gitano, cabe destacar la Resolución 1046/VI del Parlamento de Cataluña, donde se aprueba el 2001 una proposición no de ley que afirma el reconocimiento de la identidad del pueblo gitano y del valor de su cultura para la sociedad catalana.⁵²⁸ Es importante destacar además, que la Ley Orgánica 6/2006 de reforma del Estatuto de Cataluña, afirma que dentro de los deberes de los poderes públicos está el “velar por la convivencia social, cultural y religiosa entre todas las personas en Cataluña y por el respeto a la diversidad de creencias y convicciones éticas y filosóficas de las personas, y deben fomentar las relaciones interculturales mediante el impulso y la creación de ámbitos de conocimiento recíproco, diálogo y mediación. También deben garantizar el reconocimiento de la cultura del pueblo gitano como salvaguarda de la realidad histórica de este pueblo” (artículo 42.7).⁵²⁹

Fuera de lo anterior, el año siguiente el Parlamento Catalán aprobó una declaración institucional estableciendo el reconocimiento de la persecución y el genocidio histórico y continuado del pueblo gitano.⁵³⁰ El organismo plantea que deplora todas las leyes racistas y antigitanas que han dictado las instituciones catalanas y se compromete a trabajar por políticas inclusivas, efectivas y decididas para la igualdad de oportunidades del pueblo gitano de esta comunidad autónoma.

Este tipo de documentos son de gran importancia, pues mediante estas declaraciones institucionales y con las menciones a la comunidad gitana en las reformas de los Estatutos de Autonomía, se está realizando una validación institucional muy significativo al más alto nivel. Ahora bien, es necesario señalar que estas declaraciones no son muy numerosas, y la gran mayoría de las iniciativas parlamentarias autonómicas con respecto a los gitanos son proposiciones no de ley y mociones. Éstas ciertamente muestran preocupación y actividad parlamentaria dirigida a solucionar los problemas que vive este colectivo en las distintas comunidades autónomas, pero no hay que olvidar que se trata de documentos de carácter más político que legal, fundamentalmente instando al gobierno autonómico a tomar medidas en torno a un asunto en particular.

⁵²⁶ Declaración institucional sobre la celebración del Día Internacional del Pueblo Gitano, de 5 de abril de 2017. BOCG Congreso de los Diputados nº D-142, de 12 de abril de 2017, p. 16.

⁵²⁷ Proposición no de Ley sobre declaración del Día del Pueblo Gitano y reconocimiento de sus símbolos, de 8 de marzo de 2017. BOCG Congreso de los Diputados nº D-138, de 6 de abril de 2017, pp. 71-72.

⁵²⁸ PARLAMENTO DE CATALUÑA, Resolución 1046/VI, Boletín Oficial nº 240, de 3 de diciembre de 2001, p. 21: “*El Parlament de Catalunya: 1. Reconeix la identitat del poble gitano i el valor de la seva cultura com a salvaguarda de la realitat històrica d’aquest poble. 2. Insta el Govern a fer les gestions pertinents per a contribuir a difondre el reconeixement de la cultura gitana i del valor d’aquesta per a la societat catalana.*”

⁵²⁹ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, artículo 42.7.

⁵³⁰ PARLAMENTO DE CATALUÑA, Declaración Institucional de 29 de marzo de 2007, de reconocimiento de la persecución y el genocidio del pueblo gitano.

Como se puede apreciar, la preocupación de los parlamentos autonómicos muestra los temas más preocupantes para la minoría gitana en España. En primer lugar hay que considerar situaciones concretas en relación con la educación y la vivienda, así como algunas menciones a la salud y el trabajo. Sin embargo, lo que más cabida tiene es la marginación social del colectivo debido a los estereotipos negativos que se ha formado la sociedad española acerca de él, por lo que la imagen sociocultural que hay del pueblo gitano es algo que se pretende mejorar en muchas de las iniciativas parlamentarias autonómicas. Por eso mismo es que quizás hacen falta más declaraciones como las que ha aprobado el Parlamento de Cataluña, que afectan directamente en este asunto.

Por último, cabe recordar que fuera de todas estas iniciativas normativas, también se han desarrollado diversos programas en las distintas comunidades autónomas, con medidas destinadas a mejorar la situación de los gitanos en diferentes ámbitos. De esa manera, se ha impulsado la creación de órganos de promoción de la cultura gitana y contra el racismo y la xenofobia, así como el diseño de planes contra la exclusión social de este colectivo.

2.3.3 RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO GITANO Y SUS POSIBLES EFECTOS CIVILES

De acuerdo con ARP, las tensiones entre el modo de vida mayoritario y el de las minorías “se plantea también en relación con la pregunta acerca de los efectos jurídicos que pueden atribuirse a las manifestaciones culturales propias de los romaníes con incidencia en el Derecho civil, de las que el matrimonio es un importante botón de muestra. En efecto, la tolerancia de un Estado ante las costumbres y tradiciones jurídicas de una minoría nacional puede ser considerada una prueba del grado de integración y protección de la misma.”⁵³¹

En este contexto, cabe recordar que el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano es una demanda que esta comunidad ha planteado desde hace mucho tiempo, sin ser resuelta. De hecho, el año 2000 se firmó una Proposición de Ley al respecto en las Cortes de Aragón⁵³², pero fue retirada un año más tarde.⁵³³

Pues bien, la jurisprudencia internacional referente a la discriminación de la minoría gitana en España se circunscribe a un caso conocido por el TEDH, que ha recibido gran atención por referirse a asuntos tan relevantes como el derecho a la pensión de viudedad y, además, justamente por tocar temas vinculados con el reconocimiento jurídico y los efectos civiles de ciertas manifestaciones culturales de las minorías étnicas.

a) *La Sentencia del TEDH en el asunto Muñoz Díaz c. España*

El caso se originó cuando María Luisa Muñoz Díaz, gitana española de Madrid, ve rechazada su solicitud por la pensión de viudedad al morir el año 2000 el hombre romaní con quien se había casado en 1971, a los 15 años de edad, según las tradiciones de dicha comunidad. El vínculo, sin embargo, nunca había sido inscrito en el Registro Civil,

⁵³¹ ARP, Björn, “La protección de la minoría romaní: comentario al Asunto Muñoz Díaz c. España, resuelto por el TEDH con sentencia de 8 de diciembre de 2009”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 21, 2010, disponible en http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=13&numero=21 [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁵³² Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, nº 60, de 14 de junio de 2000, pp. 2.573-2.574.

⁵³³ Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, nº 138, de 1 de junio de 2001, p. 6.167.

figurando ambos como solteros. Esto último fue la razón del Instituto Nacional de Seguridad Social para negar la pensión. Tras agotar infructuosamente los recursos internos en diversas instancias judiciales españolas, incluyendo al final el Tribunal Constitucional, Dña. Muñoz Díaz llevó su caso ante el TEDH, el cual dictó sentencia favorable a la demandante el 8 de diciembre de 2009.⁵³⁴

El fallo es muy significativo, considerando que los tribunales españoles habían mostrado hasta entonces, una jurisprudencia muy consistente al respecto,⁵³⁵ rechazando las solicitudes de pensión de viudedad planteadas por personas de la etnia romaní a partir de un matrimonio realizado sólo bajo el rito gitano, siguiendo lo que GIMÉNEZ y REY MARTÍNEZ llaman enfoque *race blind*, indiferente al factor étnico.⁵³⁶ Esta postura responde esencialmente a que dicho vínculo no se considera matrimonio⁵³⁷, institución que daba derecho a pensión de viudedad, a diferencia de otras formas de convivencia.⁵³⁸

De hecho, al reconocer el Tribunal de Estrasburgo el derecho de una viuda gitana a recibir esta prestación, abrió la puerta a diversas interpretaciones al respecto, generando expectativas acerca del valor jurídico del matrimonio realizado bajo el rito gitano. No obstante, al analizar la argumentación del TEDH, queda claro que aquéllas no tienen mayor fundamento.

En primer lugar, y como argumento esencial del fallo, el Tribunal considera que la buena fe del vínculo bajo el rito gitano de la demandante quedaba probada por la actitud que el Estado había tenido frente a él, pues en diversos documentos había reconocido

⁵³⁴ TEDH, Asunto Muñoz Díaz c. España (Demanda nº 49151/07), sentencia de 8 de diciembre de 2009.

⁵³⁵ Entre varios otros casos, pueden consultarse como ejemplo: Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Cataluña, sentencia 6818/1999, de 7 de octubre; TSJ de Madrid, sentencia 637/2002, de 7 de noviembre; TSJ de Cataluña, sentencia 7949/2002, de 12 de diciembre; TSJ de Madrid, en su sentencia 499/2009, de 26 de junio, y TSJ de Extremadura, sentencia 568/2009, de 26 de noviembre.

⁵³⁶ GIMÉNEZ GIMÉNEZ, Sara y Fernando REY MARTÍNEZ, "La discriminación de una mujer gitana ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Pensamiento y Cultura*, nº 51-52, 2009, pp. 55-59, p. 58. Esta mirada queda claramente expuesta por el TSJ de Cataluña, en su sentencia 7949/2002, de 12 de diciembre, al señalar que "hoy día, la unión de hombre y mujer concertada mediante el rito gitano, no tiene la consideración legal de matrimonio; *siendo la forma de contraer el matrimonio y no la raza lo que determina los efectos legales del mismo*, por lo que no existe la vulneración del principio de discriminación por razón de raza que se denuncia." (Énfasis añadido) También el TSJ de Madrid señala en su sentencia 499/2009, de 26 de junio: "En resumen, tomando como presupuesto, en primer lugar, que el Ordenamiento jurídico establece con alcance general una forma civil de acceso al vínculo matrimonial que es *neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica* y, en segundo lugar, que cuando el legislador ha decidido otorgar efectos legales a otras formas de acceder al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la exclusiva base de consideraciones religiosas y *alejado también, por tanto, de cualquier connotación étnica, no cabe apreciar el trato discriminatorio por razones étnicas alegado*." (Énfasis añadido.)

⁵³⁷ TSJ de Extremadura, sentencia 568/2009, de 26 de noviembre: "...la demandante no contrajo con el causante ningún tipo de matrimonio con el fallecido, no era su cónyuge..."

⁵³⁸ TSJ de Cataluña, sentencia 7949/2002, de 12 de diciembre: "...al no ser equiparables, para el reconocimiento de la pensión de viudedad, las situaciones de convivencia 'more uxorio' con la derivada de una convivencia matrimonial no pudiendo asimilarse ambas situaciones..." "En resumen, el reconocimiento de una pensión de viudedad se condiciona por la legislación vigente a la existencia de vínculo matrimonial entre causante y persona beneficiaria, por lo que la ausencia de este requisito impide que la recurrente pueda ser beneficiaria de la prestación solicitada, procediendo, en consecuencia, la desestimación de este motivo del recurso."

dicha unión como matrimonio y a ambos contrayentes como cónyuges. Esto lo afirma basado en que a la pareja se les había entregado un libro de familia y el título de familia numerosa: el artículo 2 de la Ley de Protección a las Familias Numerosas, por ejemplo, establece que “se considerará familia numerosa la que, reuniendo las demás condiciones que se señalan en esta Ley estén constituidas por: a) el cabeza de familia, su cónyuge, y cuatro o más hijos...”⁵³⁹ Por tanto, los jueces de Estrasburgo estiman que “el negarse a reconocer a la demandante como cónyuge a los fines de obtener una pensión de viudedad era contrario al reconocimiento previo de dicha situación por parte de las autoridades.”⁵⁴⁰

Sin embargo, a juicio de SÁNCHEZ-RODAS, esta tesis del TEDH es infundada, pues los libros en cuestión no habían reconocido su calidad de cónyuge sino sólo la de madre de seis hijos no matrimoniales.⁵⁴¹ Esto, porque la Constitución de España eliminó la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos⁵⁴², a partir de lo cual los libros de familia y de familia numerosa se pueden expedir sin necesidad de que haya vínculo matrimonial previo, sino también para acreditar filiación. Así, todos los progenitores –casados o no– pueden obtener un libro de familia, y las madres solteras tienen derecho a que se les expida el título de familia numerosa, si reúnen los demás requisitos necesarios. Como bien apunta la autora, esto no es para equiparar matrimonio con uniones *more uxore*, sino para acabar con la discriminación de los hijos no matrimoniales, que se inscribían en un libro distinto –el de “filiación”–, y es por esta razón que se le dieron estos libros a la Sra. Muñoz Díaz, no porque se reconociera el vínculo con su pareja como matrimonio.⁵⁴³ De hecho, ninguna sentencia dice que en estos documentos figuraba ella en calidad de esposa o cónyuge.

Por otro lado, la demandante había sido inscrita en el sistema de seguridad social como esposa y madre de familia numerosa. No obstante, SÁNCHEZ-RODAS nuevamente afirma que no de esto no se puede desprender el reconocimiento de la validez y plena eficacia de su matrimonio, ya que también pueden ser beneficiarios las parejas de hecho que, sin ser cónyuges del titular del derecho a prestación sanitaria, convivan con él.⁵⁴⁴

Finalmente, cabe mencionar también el argumento esgrimido por MATIA, quien afirma que no puede equipararse la unión de la Sra. Muñoz Díaz por el rito gitano, con un matrimonio propiamente tal, “dado que no ha quedado acreditado que hubiera consentimiento libre por parte de los contrayentes e inexistencia de vínculos familiares

⁵³⁹ Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas. BOE nº 150, de 24 de junio de 1971, pp. 10.305-10.309.

⁵⁴⁰ TEDH, Asunto Muñoz Díaz c. España, párr. 64.

⁵⁴¹ SÁNCHEZ-RODAS Navarro, Cristina, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al Rito Gitano”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, nº 18, 2010, pp. 127-146, p. 136.

⁵⁴² El artículo 39.2 señala: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.”

⁵⁴³ SÁNCHEZ-RODAS, C., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad...”, *op. cit.*, pp. 135-136.

⁵⁴⁴ Es más, la autora recuerda que el formulario con que se solicitó incluir a la beneficiaria se cumplimentó a mano, y que en él, junto a su nombre, donde dice “parentesco”, aparece una letra a mano retocada (sólo una inicial), que sólo se interpreta como “esposa”, lo que además escribió ella misma, pues es su firma la que aparece en el anverso. Esto lo habían considerado los tribunales españoles, pero el TEDH no lo menciona. SÁNCHEZ-RODAS, C., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad...”, *op. cit.*, pp. 140-141.

entre ellos.”⁵⁴⁵

Ahora bien, aun sin tomar en cuenta si los argumentos del TEDH están bien fundados o no, lo cierto es que éstos no se basan centralmente en cuestiones étnicas o raciales, sino básicamente a ciertas formalidades: “[l]a Sentencia no va a argumentar por la vía de las categorías del derecho antidiscriminatorio (...), sino por el camino de los efectos que es preciso conceder, casi por una cuestión de equidad, a un matrimonio no válido legalmente, pero sí celebrado de buena fe y cuya apariencia de matrimonio válido ha sido robustecida incluso por las autoridades nacionales.”⁵⁴⁶ Es decir, “sólo supone la aplicación del principio de no discriminación por razones étnicas a un caso que reviste circunstancias extraordinarias”⁵⁴⁷, que se prueban por la actitud del Estado. Así, queda abierta la posibilidad de reconocer la buena fe de un matrimonio romaní en caso de que las autoridades españolas hayan tenido una conducta pasiva al respecto. Esto significa, naturalmente, que el fallo del TEDH no implica un reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial establecido mediante rito gitano, manteniéndose esto dentro del margen de apreciación de cada Estado a través de su legislación al respecto.

Por esta razón, GIMÉNEZ y REY MARTÍNEZ consideran que es justamente el campo argumentativo utilizado por el Tribunal, lo que puede limitar el valor de este fallo como precedente o *leading case*, pues “no tiene un efecto general u objetivo que previsiblemente pueda desplegarse en muchos otros casos posteriores; más bien se trata de un fallo que intenta ofrecer una solución más justa a un caso concreto.”⁵⁴⁸ En este sentido, REQUENA afirma categóricamente que “en modo alguno conlleva que todas las personas que hayan celebrado un ‘matrimonio gitano’ deban ser consideradas a todos los efectos como una unión marital con las consecuencias jurídicas que la legislación española vincula a las formas de matrimonio legalmente reconocidas.”⁵⁴⁹

Es más, es el mismo TEDH el que deja este punto muy claro en los párrafos 79 y 80 de esta sentencia. En ellos, responde al argumento de la demandante que afirma que hubo discriminación hacia ella comparando su caso con otros de matrimonios canónicos que no habían sido inscritos en el Registro Civil, y lo rechaza porque en España el matrimonio está abierto a todos los individuos, y la diferencia de trato no se basa en motivos étnicos sino en la pertenencia a una confesión religiosa, no aplicable a la comunidad gitana. Declara, en consecuencia, que la ausencia de efectos civiles de las uniones por rito gitano no es discriminación.

A raíz de lo expuesto, ARP sostiene que, en esta oportunidad, “el tribunal se ha limitado a dictar la ‘justicia del caso concreto’”, y en lugar de formular una teoría general sobre discriminación racial, “se atiende a las particulares circunstancias del caso, en cuanto que la Administración Pública española ya venía reconociendo en muchos

⁵⁴⁵ MATIA PORTILLA, Francisco Javier, “Condena por una discriminación inexistente (Tribunal de Estrasburgo y matrimonio gitano)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 92, 2011, pp. 355-382, p. 372. El autor es muy crítico de esta sentencia del TEDH, la que considera tiene “escasa calidad técnica”, “incide en manifiestas incorrecciones” y sólo puede justificarse en el empeño del Tribunal “de hacer justicia en el caso concreto”, siendo así “un ejemplo de (desafortunado) decisionismo judicial” (pp. 380-381).

⁵⁴⁶ GIMÉNEZ, S. y F. REY MARTÍNEZ, “La discriminación de una mujer gitana...”, p. 59.

⁵⁴⁷ REQUENA CASANOVA, Milán, “TEDH – Sentencia de 08.12.2009, *Muñoz Díaz c. España*, 49151/07 – Artículos 12 y 14 CEDH – Derecho a contraer matrimonio – Discriminación por motivos étnicos – Matrimonio gitano – Artículo 1 del Protocolo nº 1 – Pensión de viudedad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 36, 2010, pp. 563-578, p. 576.

⁵⁴⁸ GIMÉNEZ, S. y F. REY MARTÍNEZ, “La discriminación de una mujer gitana...”, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁴⁹ REQUENA, M., “TEDH – Sentencia de 08.12.2009...”, *op. cit.*, p. 576.

contextos este matrimonio. Este razonamiento no esclarece nada sobre la discriminación, sino que envuelve la materia en una nebulosa”, confirmando el amplio margen de apreciación de los Estados en temas como los efectos jurídicos de los matrimonios celebrados según las costumbres de una minoría nacional. De hecho, lo que exige el TEDH a España no es que adopte alguna medida concreta para proteger a la comunidad gitana de la discriminación étnica, sino únicamente que sea coherente con el reconocimiento que ya había hecho del matrimonio de la Sra. Muñoz Díaz.⁵⁵⁰

De todos modos GIMÉNEZ y REY MARTÍNEZ ven en este fallo también una llamada de atención a la tradición interpretativa de los tribunales españoles en este tipo de casos, que carece de sensibilidad hacia el factor étnico, avisando así sobre la necesidad de considerar la prohibición de discriminación racial más seriamente, con el fin de impulsar la aplicación efectiva del principio de igualdad.⁵⁵¹ Con respecto al asunto particular que trata el caso, ARP afirma que “la práctica estatal en Europa se está abriendo progresivamente hacia el reconocimiento de los efectos de las costumbres y tradiciones de las minorías nacionales, con lo que se podría también abrir en España el debate, ciertamente interesante, sobre el reconocimiento jurídico de las costumbres o tradiciones de los romaníes. (...) Sin embargo, volvemos al principio de nuestras observaciones finales: como primerísimo paso, antes de emprender cualquier medida de protección positiva de los romaníes, haría falta la efectividad de su trato igualitario en relación al resto de la población.”⁵⁵²

b) *Los Efectos de la Sentencia del TEDH en la Jurisprudencia Española*

Contrario a esa tendencia al reconocimiento de las costumbres minoritarias que mencionaba ARP, y a las expectativas que las organizaciones romaníes se hicieron a partir de la sentencia del TEDH en el asunto Muñoz Díaz c. España, la jurisprudencia que los tribunales españoles han desarrollado con posterioridad a la misma, no ha cambiado sustancialmente: continúa negando la pensión de viudedad a personas que la solicitan en base a un matrimonio realizado sólo por el rito gitano y que no ha sido inscrito en el Registro Civil. De hecho, de los trece casos de este tipo que han conocido instancias españolas después del conocido fallo de Estrasburgo, sólo en dos ocasiones se ha dictado

⁵⁵⁰ ARP, B., “La protección de la minoría romaní: comentario al Asunto Muñoz Díaz c. España...”, *op. cit.* Este artículo es interesante también porque, entre otras cosas, el autor observa diferencias relevantes dentro del Consejo de Europa, en la protección de la discriminación en el ámbito de la seguridad social, entre los mecanismos de control del CEDH y de la Carta Social Europea. Según plantea, el Comité Europeo de Derechos Sociales “requiere una actitud estatal mucho más decidida hacia la protección positiva de los romaníes”, por lo que es un ejemplo que muestra que los dos instrumentos “avanzan a una velocidad diferente cuando se trata de los mismos derechos protegidos por ambos.”

⁵⁵¹ GIMÉNEZ, S. y F. REY MARTÍNEZ, “La discriminación de una mujer gitana...”, *op. cit.*, pp. 58-59.

⁵⁵² ARP, B., “La protección de la minoría romaní: comentario al Asunto Muñoz Díaz c. España...”, *op. cit.* Además, hemos podido observar que existen disonancias en el nivel de protección, si se comparan las posiciones del TEDH con las del CDS en cuanto a su posición sobre la discriminación en el ámbito de la seguridad social, pudiendo apreciarse que el CDS requiere una actitud estatal mucho más decidida hacia la protección positiva de los romaníes. Conviene tener en cuenta que ambos son órganos de aplicación de los derechos humanos establecidos en el seno del Consejo de Europa. Por tanto, estas dos locomotoras de los derechos civiles y políticos, por una parte, y de los derechos sociales, por otra, avanzan a una velocidad diferente cuando se trata de los mismos derechos protegidos por ambos. En esta situación queda en manos de los pasajeros decidir a qué tren subir: el del TEDH o del CDS.

sentencia favorable a la demandante: el año 2011, en el TSJ de Andalucía⁵⁵³, y el 2014, en el TSJ de Galicia.⁵⁵⁴

El primero se basa precisamente en la semejanza del caso con el asunto Muñoz Díaz c. España. La convivencia *more uxorio* de más de 40 años de la pareja en cuestión, estaba inscrita en el Registro Municipal de Uniones Civiles de Lachar (Granada), pero la superviviente no solicitó la pensión de viudedad dentro del plazo de 12 meses inmediatamente posteriores al fallecimiento del otro, como es requerido. Ésta había sido la razón por la que se le había denegado dicha prestación, siendo el único requisito faltante, considerando que tenían cuatro hijos en común y un libro de familia. A pesar de esto, el TSJ de Andalucía estima que la buena fe de la demandante con respecto a la validez de su matrimonio, queda probada con la actitud de las autoridades españolas, que la habían reconocido en el libro de familia, donde aparece que su estado civil es el de “casada”. Comparando el caso con la sentencia de Estrasburgo, señala que sería también contradictorio denegarle el reconocimiento de cónyuge.

Ahora bien, en este caso cabe preguntarse lo siguiente: ¿por qué reconoce el libro de familia a la demandante como esposa? ¿Qué es lo que hace de su vínculo uno tan distinto a los de otros casos, que sí mereció reconocimiento de las autoridades? Lo cierto es que, como se verá más adelante, lo único realmente particular de este caso, lo que verdaderamente lo distingue de otros en términos prácticos, es que había sido reconocido previamente. Pero las razones de ese reconocimiento previo no se saben.

Por otro lado, cabe destacar que este fallo toma en consideración los factores étnicos y sociales de la situación de la demandada. Así, ésta y la otra sentencia favorable que se comentará después, son las únicas donde pueden encontrarse afirmaciones que escapen al enfoque *race blind* propio de la jurisdicción española en estos casos. Literalmente, el Tribunal señala que en las resoluciones que negaron el derecho a la prestación a las demandantes (del asunto Muñoz Díaz y del presente), “no se tiene en cuenta la pertenencia (en ambos casos) de los solicitantes a una colectividad en desventaja en la que la validez del matrimonio según sus propios usos y costumbres no había sido nunca cuestionada ni considerada contraria al orden público por el gobierno o por las autoridades internas que, tal y como se ha dicho, reconocieron en distintos documentos oficiales la calidad de cónyuges a los solicitantes en diferentes momentos y ocasiones.” De ese modo, califica como “discriminatorio por razones de origen étnico la no concesión de la pensión de viudedad”⁵⁵⁵.

Por otra parte, en el fallo del TSJ de Galicia cabe destacar que, a diferencia de otros casos, los jueces no sólo consideraron el factor étnico en la situación de la demandante, sino también el sexual, interpretándolos de modo interrelacionado. A partir de esto, señala que la intersección de ambos aspectos “sitúa a la mujer gitana en situación socialmente diferente e incomparable con cualquier otra situación en la que se pudieran encontrar las mujeres payas o los hombres, sean payos o gitanos, y el mandato dirigido a los Poderes Públicos de remover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas –artículo 9.2 de la Constitución–, debiera evitar irrazonables limitaciones en el acceso de las mujeres gitanas a la pensión de viudedad, obligando –algo que también se deduce del artículo 4 de la Ley

⁵⁵³ TSJ de Andalucía, sentencia 2680/2011, de 16 de noviembre.

⁵⁵⁴ TSJ de Galicia, sentencia 2327/2014, de 25 de abril.

⁵⁵⁵ TSJ de Andalucía, sentencia 2680/2011, de 16 de noviembre.

Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (RCL 2007, 586), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres– a aplicar las normas en el sentido más favorable a la igualdad efectiva.”

Por otro lado, y como era de esperar, presenta la sentencia del TEDH entre sus razonamientos, asimilando ambos casos: por ejemplo, destaca el reconocimiento oficial de su situación en base a que se le había expedido un libro de familia, “como la demandante de nuestros autos”. Además, afirma que el fallo de Estrasburgo reconoció el derecho a la prestación de viudedad de la Sra. Muñoz Díaz fundándose “en el principio de igualdad en la medida en que, en otros casos donde mediaba buena fe de los cónyuges, la jurisprudencia española había flexibilizado la exigencia de la forma matrimonial, trayendo a colación para subrayar dicha diferencia de trato la prohibición de discriminación racial. También con esta argumentación se aprecia una afectación de derechos fundamentales y, en consecuencia, se ratifica la necesidad de aplicar las normas desde la óptica de su mayor efectividad en atención a la dimensión objetiva o institucional que se atribuye a esos derechos.”⁵⁵⁶

Sin embargo, este enfoque centrado en el goce efectivo de los derechos, no se aprecia en el resto de las sentencias nacionales para casos similares. A pesar de que todos ellos presentaron el fallo del TEDH dentro de sus argumentos, enfatizando en las semejanzas de su situación con la del asunto Muñoz Díaz c. España, los tribunales españoles recuerdan en primer lugar, que dicha resolución del TEDH afirma que el no reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio gitano, no constituye discriminación, y que es un asunto que compete a la legislación interna.⁵⁵⁷

Además, los jueces españoles se han centrado en la argumentación del Tribunal de Estrasburgo para demostrar que, como se ha explicado, se trata de un caso particular donde concurren circunstancias que no se dan en los que ellos examinan.

Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Andalucía distingue la situación que estudia de la que resolvió el TEDH debido a que la Sra. Muñoz Díaz se había casado en 1971, cuando era muy difícil hacerlo por un rito que no fuera el canónico, y siendo éste el único que podía inscribirse en el Registro Civil. En cambio, su caso es el de una viuda cuyo matrimonio gitano se había realizado en 1988, estando ya vigente la Ley 30/1981⁵⁵⁸, que le permitía acceder sin problema al matrimonio civil.⁵⁵⁹

Por otro lado, los tribunales españoles se han centrado también en la importancia que el TEDH dio a la conducta que el Estado había tenido antes hacia la pareja en cuestión, reconociéndole como matrimonio en documentos oficiales. A partir de eso, destacan que ese elemento no está presente en los asuntos que ellos revisan, por lo que estiman que no hay un vínculo de matrimonio válido.⁵⁶⁰ De todos modos, en este punto debe aclararse

⁵⁵⁶ TSJ de Galicia, sentencia 2327/2014, de 25 de abril.

⁵⁵⁷ TSJ de Extremadura, sentencia 107/2010, de 22 de febrero.

⁵⁵⁸ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE nº 172, de 20 de julio de 1981, pp. 16.457-16.462.

⁵⁵⁹ TSJ de Andalucía, sentencia 1114/2016, de 28 de abril. El mismo argumento se expone en la sentencia 1920/2017 del TSJ de Cataluña, de 17 de marzo.

⁵⁶⁰ TSJ de Andalucía, sentencia 1114/2016, de 28 de abril: “Además en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Europeo, la buena fe de la peticionaria respecto de la validez de su matrimonio, peticionaria que convivió con el causante hasta su fallecimiento, se extraía no solo de la creencia por parte de ella y el causante de que su matrimonio era válido, sino también en el hecho de que fueron las autoridades españolas quienes reconocieron en diversos documentos oficiales la validez, o al menos, la apariencia de validez de ese matrimonio, documentos tales como

que este argumento no presenta mayor consistencia en la jurisprudencia nacional, pues en algunos casos sí se han presentado documentos de ese tipo, pero aun así se han rechazado.⁵⁶¹ Podría entenderse esto siguiendo las razones esgrimidas anteriormente, por las cuales la argumentación del TEDH parece infundada: que los libros de familia, por ejemplo, se extienden también por filiación, independientemente del estado civil de los miembros de la pareja. No obstante, cabe recordar que uno de los dos fallos favorables a las demandantes en la jurisprudencia española al respecto, se fundó precisamente en la presentación del libro de familia como prueba de reconocimiento previo del matrimonio en cuestión, sin siquiera mencionar el estado civil de la demandante que consignaba dicho documento.⁵⁶² Por lo tanto, puede afirmarse que, si bien los tribunales nacionales han sido consistentes en rechazar el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio concluido únicamente por el rito gitano, no lo han sido tanto en los argumentos que han escogido para ello.

Ahora bien, la Ley 40/2007⁵⁶³ amplió el acceso a la pensión de viudedad, permitiéndolo no sólo a miembros supervivientes de matrimonios sino también de parejas de hecho, si cumplen con determinados requisitos. En principio, de este modo las personas casadas únicamente por el rito gitano podrían solicitar esta prestación si acreditaran ser pareja de hecho. Sin embargo, buena parte de las solicitudes presentadas después del fallo del TEDH, han sido rechazadas por no cumplir con los requerimientos necesarios para que se les considere como tal.

De acuerdo con el cuarto párrafo del artículo 174.3 la normativa establece que “se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la

libro de familia, acreditación de familia numerosa disfrutando de las ventajas de ello y cobertura sanitaria en razón a la unión. No concurren, sin embargo en el supuesto examinado tales circunstancias.” Véase también TSJ de Andalucía, sentencia 1188/2017, de 11 de mayo.

⁵⁶¹ El TSJ de Andalucía proporciona tres ejemplos de esto. En su sentencia 1143/2016, de 28 de abril, se presenta un libro de familia y una acreditación de familia numerosa (sin mención al estado civil de los padres), se establece que la convivencia por más de cinco años está acreditada, pero se niega la pensión por no estar inscrita la pareja de hecho en ningún registro público oficial. Su sentencia 1374/2016, de 8 de agosto, da el mismo motivo para desestimar el recurso, a pesar de que se presenta un libro de familia y documentos de cobertura sanitaria, y lo mismo ocurre en la sentencia 1188/2017, de 11 de mayo, a pesar de la existencia de un libro de familia, cuentas bancarias bipersonales de la pareja y una escritura de compraventa de una casa en la que figuran como “cónyuges en régimen de gananciales”.

⁵⁶² TSJ de Galicia, sentencia 2327/2014, de 25 de abril: “Por otro lado, la Sentencia de 8 de diciembre de 2009 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce la pensión de viudedad de la allí demandante, asimismo mujer gitana casada por el rito gitano y con un cierto reconocimiento oficial de su situación –como a la demandante de nuestros autos, se le expidió un Libro de Familia–...”

⁵⁶³ Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materias de Seguridad Social. BOE nº 291, de 5 de diciembre de 2007, pp. 50.186-50.200.

formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.” Por lo tanto, y como bien recalca el TSJ de Andalucía, “la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas ‘de hecho’ con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho registradas’ cuando menos dos años antes (o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las ‘parejas de derecho’ y no a las genuinas ‘parejas de hecho’”.⁵⁶⁴

Pues bien, varias sentencias desfavorables a las demandantes se han fundado precisamente en que el matrimonio gitano no se había constituido oficialmente como pareja de hecho al menos dos años antes de la muerte del causante, a pesar de probar una convivencia prolongada.⁵⁶⁵ En un caso, la pareja se había inscrito en el Registro de Parejas de Hecho del Concello de Redondela, al que autorizaron para remitir su expediente al Registro Municipal de Parejas de Hecho de Galicia. La Xunta, sin embargo, respondió al Concello que los datos remitidos no eran suficientes para la inscripción, por lo que era necesario que los interesados aportaran mayor documentación, en lo posible realizando los trámites directamente. La remisión del expediente no se acreditó, y por lo tanto esta solicitud tampoco, como tampoco consta que se le haya notificado esto a la pareja. Lo que sí consta es que la pareja había autorizado a remitirlo, lo que se podría interpretar como una voluntad de inscribirse en el Registro correspondiente. No obstante, la sola voluntad no es suficiente, por lo que se niega la pensión de viudedad a la demandante, porque “no acredita el requisito formal de haberse constituido como pareja de hecho con dos años de antelación al fallecimiento del causante puesto que la inscripción en el Registro de Parejas de hecho de Galicia nunca llegó a formalizarse sin que a tal efecto sea suficiente la remisión realizada por el Ayuntamiento a la Xunta de Galicia.”⁵⁶⁶

Otros recursos también han sido desestimados por no acreditar la convivencia interrumpida de la pareja durante al menos los cinco años previos al deceso en cuestión⁵⁶⁷, y algunos también por no solicitar la pensión de viudedad dentro de los 12 meses transcurridos inmediatamente después del mismo.⁵⁶⁸ Todo esto, dentro de interpretaciones que generalmente son bastante estrictas en términos formales, sin dar mayor consideración a otros elementos que también pueden probar el vínculo reclamado y la convivencia de sus miembros, tales como documentos bancarios y comerciales⁵⁶⁹, poderes notariales⁵⁷⁰ y escrituras de compraventa⁵⁷¹ que les señalan como “cónyuges en

⁵⁶⁴ TSJ de Andalucía, sentencia 1374/2016, de 8 de agosto.

⁵⁶⁵ TSJ de Extremadura, sentencia 107/2010, de 22 de febrero; TSJ de Cataluña, sentencia 3337/2014, de 7 de mayo; TSJ de Andalucía, sentencia 1143/2016, de 28 de abril; TSJ de Andalucía, sentencia 1374/2016, de 8 de agosto, y TSJ de Andalucía, sentencia 1188/2017, de 11 de mayo.

⁵⁶⁶ TSJ de Galicia, sentencia nº 2129/2014, de 9 de abril.

⁵⁶⁷ TSJ de Andalucía, sentencia 1188/2017, de 11 de mayo.

⁵⁶⁸ TSJ Cataluña, sentencia nº 3337/2014, de 7 de mayo.

⁵⁶⁹ TSJ de Galicia, sentencia 2324/2016, de 16 de abril, y TSJ de Andalucía sentencia 1188/2017, de 11 de mayo.

⁵⁷⁰ TSJ de Galicia, sentencia 2324/2016, de 16 de abril.

⁵⁷¹ TSJ de Andalucía sentencia 1188/2017, de 11 de mayo.

régimen de ganaciales”, certificados de defunción⁵⁷² y libros de familia⁵⁷³ –este último, fundamental para que el TEDH reconociera el derecho a la pensión de la Sra. Muñoz Díaz–

Al respecto, cabe destacar la estimación que BERENGUER hacía el 2010 de los efectos que la Ley 40/2007 podría tener en la comunidad romaní, en la que acertadamente preveía que “poco o nada va a afectar esta reforma a los matrimonios celebrados por el rito gitano en la medida en que para poder ser considerados parejas de hecho deben cumplir una serie de requisitos formales, tales como la inscripción en el correspondiente Registro o la formalización de documento público en el que conste la constitución de dicha pareja.”⁵⁷⁴ De hecho, es lo que se puede observar en la jurisprudencia al respecto, que ya no se funda principalmente en la ausencia de matrimonio válido para desestimar los recursos de las demandantes –como hacía antes–, sino sobre todo en el incumplimiento de este tipo de exigencias que ni siquiera son fácticas sino principalmente formales: así lo prueban los fallos que han desestimado los recursos únicamente por no estar la pareja inscrita en el correspondiente Registro, a pesar de que esté probada una convivencia prolongada.

c) *El Rol del Matrimonio en la Cultura Gitana*

Como se puede observar, si bien la legislación española no discrimina a los romaníes en estos asuntos, ciertamente es muy poco compatible con su cultura, y en este sentido obedece al mismo enfoque *race blind* que caracteriza a la jurisprudencia sobre el tema. De esto resulta que ante la ley el matrimonio gitano pierde toda la importancia que efectivamente tiene para sus contrayentes y la comunidad entera.

Acerca de esto último, cabe destacar el rol que cumple dicho rito en este colectivo, siendo uno de los acontecimientos más relevantes en la vida de uno de sus miembros y de la comunidad en general. GAMELLA y MARTÍN afirman que “el régimen matrimonial que ha predominado entre los gitanos españoles es un elemento central de su ‘cultura’, del mantenimiento de sus diferencias con la mayoría y de su resistencia a la asimilación. Las pautas de este sistema tienen decisivas consecuencias en su vida social, en sus opciones educativas, ocupacionales y residenciales, en la formación de redes y grupos de parentesco y en su demografía y su salud. Se trata de un sistema institucional complejo y cambiante, un ‘régimen’ matrimonial constituido por valores, creencias y prácticas reiteradas convertidas en conocimiento implícito a la acción, en el que los diversos elementos están interrelacionados y provienen de un conjunto de estrategias y mentalidades que conectan con las preferencias ocupacionales de la minoría, sus formas de resolución de conflictos y de control social y, sobre todo, sus creencias y valores respecto a la feminidad, los difuntos y su permanencia espiritual.”⁵⁷⁵ Tiene, por tanto, efectos sociales, e implica obligaciones y derechos para quienes se casen, incluyendo también el reconocimiento de la comunidad, que es fundamental. Además, se relaciona

⁵⁷² TSJ de Andalucía, sentencia 1114/2016, de 28 de abril, y TSJ de Galicia, sentencia 2324/2016, de 16 de abril.

⁵⁷³ TSJ de Andalucía, sentencia 1114/2016, de 28 de abril; TSJ de Galicia, sentencia 2324/2016, de 16 de abril, y TSJ de Andalucía sentencia 1188/2017, de 11 de mayo.

⁵⁷⁴ BERENGUER ALBALADEJO, Cristina, “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el ‘matrimonio gitano’”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 24, 2010, pp. 109-162, p. 159.

⁵⁷⁵ GAMELLA, Juan y Elisa MARTÍN CARRASCO-MUÑOZ, “‘Vente conmigo, primita’. El matrimonio entre primos hermanos en los gitanos andaluces”, *Gazeta de Antropología*, nº 24, 2008.

mucho con la honra, aspecto esencial dentro de la identidad cultural romaní.⁵⁷⁶

Por estas razones, casi todas las mujeres gitanas aspiran al matrimonio⁵⁷⁷, y, aunque con el tiempo la edad promedio en que se casan ha ido aumentando, generalmente lo hacen bastante jóvenes.⁵⁷⁸ Es, por tanto, mucho más importante que en la sociedad occidental –de hecho, “[l]os gitanos se casan en mayor medida que los no gitanos, existen muy pocos gitanos/as solteros/as”⁵⁷⁹–, por lo que resulta paradójico que sean las instituciones de esta última las que lo invaliden finalmente.

La virginidad femenina es requisito fundamental para el matrimonio, “hasta el punto de que si una pareja de novios mantiene relaciones sexuales, ya se considera que están casados, tanto ellos como toda su comunidad.”⁵⁸⁰ En consecuencia, la simple

⁵⁷⁶ El elemento más significativo de la boda gitana es el rito del pañuelo, mediante el que se comprueba la virginidad de la novia, que constituye la mayor honra posible para la familia, pues demuestra su pureza. MONTAÑÉS ÁLVAREZ, Paula, “Una aproximación a la realidad de las mujeres gitanas desde la perspectiva de género”, *Acciones e investigaciones sociales* nº 29, pp. 87-104, p. 93.

⁵⁷⁷ MONTAÑÉS, P., “Una aproximación a la realidad de las mujeres gitanas...”, *op. cit.*, p. 95. La autora basa su trabajo en entrevistas que hizo a jóvenes gitanas, quienes le cuentan textualmente que su mayor ilusión –y la de todas las gitanas– es casarse para siempre. También David LAGUNAS recoge testimonios personales en su estudio, y según uno de ellos “[l]os gitanos están obsesionados con el matrimonio.” LAGUNAS ARIAS, David, *Dentro de “dentro”: estudio antropológico y social de una comunidad de gitanos catalanes*, tesis doctoral dirigida por José Luis Anta Félez y Leonardo Piasere, Universidad de Jaén, 2000, p. 23.

⁵⁷⁸ LAGUNAS señala que la menstruación se considera un marcador cronológico relativo, que indica que la niña está entrando en el periodo adolescente; en ese momento, en la mayoría de los casos se les retira del colegio y se les comienza a controlar más. A la vez, comienzan a maquillarse, signo de que se han convertido en *fadrina* esposable. A juicio de Lagunas, “[c]asar joven a una hija es una prevención ante la intromisión de un sujeto no-gitano en la familia, lo cual provocaría que el desorden y el deshonor se introduzcan a través de las mujeres.” LAGUNAS, D., *Dentro de “dentro”...*, *op. cit.*, p. 23. GAMELLA y MARTÍN concuerdan con esto, pues señala que el matrimonio a temprana edad “hace más difícil que encuentren cónyuges fuera de otras familias gitanas y contribuye a sostener una intensa endogamia.” GAMELLA, J. y E. MARTÍN, “‘Vente conmigo, primita’...”, *op. cit.* Este artículo es una buena muestra de esta tendencia endogámica, demostrando que casarse entre primos es una tendencia ampliamente aceptada en la comunidad gitana. De hecho, los autores se refieren al régimen matrimonial gitano como una “pieza clave de estrategias reproductivas” que ha sido crucial para su conservación como grupo, pues ha significado el aumento de su población en una medida mucho mayor que el de la española. Junto con la importancia de la honra de la familia y las estrategias por establecer lazos de parentescos, esto explica también el rol que cumplen padres y abuelas en “arreglar” matrimonios, concertándolos según conveniencias familiares, como se observa en David LAGUNAS ARIAS, “La presencia en el mundo. Alianza y reproducción social entre los ‘calós’ catalanes”, *Gazeta de Antropología* nº 17, artículo 29, 2001. Disponible en http://www.gazeta-antropologia.es/wp-content/uploads/G17_29David_Lagunas_Arias.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017]. Más recientemente, MATIA afirma que es ésta una práctica que está en desuso, y que ahora el matrimonio gitano se basa en la voluntad de los contrayentes. “Condena por una discriminación inexistente...”, *op. cit.*, p. 371.

⁵⁷⁹ GARCÍA, Ángel, “La familia en la comunidad gitana”, en Miguel LAPARRA NAVARRO (coord.), *Situación social y tendencias de cambio en la comunidad gitana*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2006, pp. 25-43, p. 35.

⁵⁸⁰ MONTAÑÉS, P., “Una aproximación a la realidad de las mujeres gitanas...”, *op. cit.*, p. 103. Los testimonios que recaba este estudio demuestran que las jóvenes gitanas están de acuerdo con esto, diciendo, por ejemplo, que “[l]o de la virginidad hasta el matrimonio es algo muy bonito, es precioso, por lo menos para el hombre, porque cuando tú te casas con él y lo amas y te entregas a él y él ve que has sido siempre para él, es maravilloso. Las gitanas no solemos tener relaciones con

convivencia no es una opción muy preferida, lo que permite suponer que no serán muchos los gitanos que elijan establecer un vínculo como pareja de hecho.⁵⁸¹ Sin embargo, ésa es la única alternativa que les deja la legislación española, y el único modo de recibir pensión de viudedad.

Evidentemente, dado lo anterior es que también tener hijos no se concibe fuera del matrimonio, lo que también debería tenerse en cuenta, considerando que la mayoría de los casos de prestaciones de viudedad que han presentado gitanas ante tribunales españoles, son solicitudes de madres de más de un hijo.⁵⁸²

d) *El Posible Reconocimiento de los Efectos Civiles del Matrimonio Gitano*

Por lo tanto, la legalización del vínculo gitano en el sistema español, no refleja ni su realidad fáctica ni la legitimidad que tiene en la comunidad romaní. De acuerdo con GARCÍA, el matrimonio gitano se formaliza generalmente a través del rito de la boda, y se legaliza ante la sociedad con la ceremonia civil o eclesiástica. No obstante, el presentar las estadísticas de personas de la etnia que están solteras y casadas, advierte que para el caso de Barcelona hay dos tipos de clasificaciones distintas, diferenciando entre la situación legal o administrativa del “estado civil” y la que considera la propia comunidad gitana como tal. En comparación con las estadísticas oficiales, en la clasificación no oficial el porcentaje de solteros se reduce del 57% hasta el 46,3%, y el de casados se eleva del 39,4% hasta el 49%.⁵⁸³ Esto corrobora la afirmación inicial de este párrafo.

Frente a las costumbres propias de la cultura gitana relacionadas con el matrimonio, y la importancia que éste tiene para la vida de sus miembros y de toda la comunidad, la normativa española al respecto se presenta muy distinta.

En primer lugar, el Código Civil establece que pueden celebrarse matrimonios de forma civil y de forma religiosa.⁵⁸⁴ La última, circunscrita a las confesiones autorizadas por

los hombres antes de casarnos porque tenemos que ir limpias al altar, así las mujeres somos respetadas y nuestras familias también” (p. 97). La importancia de la virginidad femenina en el matrimonio gitano también ha sido expuesta en LAGUNAS, D., *Dentro de “dentro”...*, op. cit., pp. 19 y 25-27. Éste dice incluso que cuando una gitana pierde su virginidad fuera del contexto programado en su comunidad, debe ser desterrada.

⁵⁸¹ En efecto, LAGUNAS relata que al entrevistar a los gitanos para su estudio, “[u]na de las cosas que más extrañaba, especialmente a las mujeres de todas las edades, era que mi compañera y yo formábamos una pareja sin estar casados. No teníamos ninguna intención de casarnos y eso parecía perturbar a los *calós*. Durante los primeros años de mi estancia entre ellos, nadie entendía cómo podíamos estar tanto tiempo *de novios* sin casarnos. Durante todo ese periodo, la mayoría de ellos seguían refiriéndose a mi compañera como *la meva promesa* [la prometida]. Eran las mujeres las que más me preguntaban de una forma regular cuándo me iba a casar con ella. Sin embargo, en mi último año de trabajo, parecían haber aceptado que mi compañera era mi mujer y ya se referían a ella como *la teva dona* [tu mujer].” LAGUNAS, D., *Dentro de “dentro”...*, op. cit., p. 127.

⁵⁸² De los trece casos, seis demandantes tienen dos hijos; dos tienen uno, y hay dos demandantes que tienen cuatro y cinco hijos. En las tres sentencias restantes no hay referencia a la cantidad de hijos, por lo que puede que no haya o que se haya omitido (en la sentencia 2324/2016 del TSJ de Galicia, por ejemplo, cabe la duda de si acaso se omitió, pues consta la existencia de un libro de familia donde los miembros de la pareja aparecen como solteros, lo que permite suponer que se extendió por razón de filiación).

⁵⁸³ GARCÍA, Á., “La familia en la comunidad gitana”, op. cit., p. 36.

⁵⁸⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE nº 206, de 25 de julio de 1889. La redacción del artículo 49, referido a la forma de celebración del matrimonio,

la legislación nacional o por acuerdos firmados con el Estado. Son válidos, por tanto, los matrimonios católicos, musulmanes, judíos, protestantes, evangélicos e islámicos. Como se puede ver, las excepciones que se hacen para validar uniones no civiles, se basan en factores religiosos, no culturales. De ese modo, el rito gitano –que no es confesional– queda excluido de todas las maneras posibles para ser reconocido como un matrimonio; *ergo*, sus miembros no tienen derecho a pensión de viudedad. En este sentido, ESCOBAR se pregunta: “¿Por qué no se admite la realidad y el Estado no firma un Acuerdo con la etnia gitana a estos efectos, como lo han hecho ya con otras Confesiones Religiosas? ¿Por qué ellos tienen unos ritos muy cercanos a los nuestros, costumbres que se entrelazan, pero no son una religión?”⁵⁸⁵ MATIA responde a esto diferenciando tajantemente etnia de religión, ya que, “mientras que la Constitución dispone que ‘los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española’ (art. 16.3), no hay, lógicamente, ninguna disposición similar relacionada con las minorías étnicas o culturales.”⁵⁸⁶ Por tanto, a su juicio son términos que no se pueden comparar.

Como se ha mencionado, la Ley 40/2007 amplió la posibilidad de recibir esta prestación a las parejas de hecho, pero también se ha visto que esto no ha logrado la completa igualdad entre ambas uniones en este asunto, pues los requisitos que se exigen para ejercer ese derecho son mayores para los miembros de parejas de hecho que para los cónyuges de un matrimonio. BERENGUER señala que, a pesar de esto, dicha reforma da “cobertura a una realidad social cada vez más acuciante.”⁵⁸⁷ No obstante, dado el rechazo de los gitanos a este tipo de vínculo, cabe la duda razonable de si la comunidad romaní se encuentra dentro de esta realidad y si, por tanto, se beneficia efectivamente de esa cobertura.

De hecho, es el mismo TEDH el que califica la unión de la Sra. Muñoz Díaz como “algo más” que una simple unión *more uxorio*, a diferencia de los tribunales nacionales. Como bien apunta BERENGUER, los jueces de Estrasburgo lo equiparan “con los matrimonios nulos que de buena fe se consideran existentes y, por eso, no estima suficiente que se le dispense el mismo trato que a una pareja de hecho. Si el TEDH hubiese considerado el matrimonio de la señora Muñoz una mera unión *more uxorio*, no hubiese tenido más remedio que confirmar la sentencia del Constitucional en la medida en que se habría dispensado el mismo trato a situaciones análogas, tal y como exige el principio de igualdad y no discriminación.”⁵⁸⁸

Se ha aclarado que la legislación española no es discriminatoria, pero a la luz del análisis, ¿no debería, de todos modos, legalizarse los matrimonios celebrados sólo mediante el rito gitano?, ¿deberían, en general, hacerlo los Estados con sus minorías nacionales? Al menos los que han firmado el CPMN, se han comprometido a proteger la diversidad cultural en sus territorios, entendiendo que ésta es fuente de enriquecimiento de las sociedades. Invalidationarlo es –especialmente en el caso de los romaníes, que dan especial relevancia al matrimonio– ignorar deliberadamente elementos propios de la identidad cultural de los grupos étnicos, los cuales deben ser

quedó establecida en la disposición final 1.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE nº 158, de 3 de julio de 2015, pp. 54.068-54.201.

⁵⁸⁵ ESCOBAR JIMÉNEZ, José, “Un análisis sobre la polémica sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 8 de diciembre de 2009 sobre la pensión de viudedad de un matrimonio celebrado con el rito de la etnia gitana”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 51, 2012, pp. 29-40, p. 40.

⁵⁸⁶ MATIA, F., “Condena por una discriminación inexistente...”, *op. cit.*, p. 366.

⁵⁸⁷ BERENGUER, C., “El principio de igualdad y no discriminación...”, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁸⁸ BERENGUER, C., “El principio de igualdad y no discriminación...”, *op. cit.*, p. 130.

protegidos.

Lo anterior tiene estrecha relación con la interpretación que se haga de los principios de igualdad y no discriminación, y en este sentido creemos que la respuesta a la problemática viene dada dentro de la obligación que tienen los Estados de realizar acciones positivas que, estableciendo un trato diferenciado a determinados grupos, obedezcan a perseguir fines legítimos; en este caso, la igualdad real y efectiva de los miembros de minorías nacionales. En este sentido, cabe preguntarse si podría exigirse a un Estado que, en asuntos como las prestaciones de viudedad, tome medidas para distinguir entre matrimonios gitanos y parejas de hecho, pues en la práctica revisten situaciones diferentes.

BERENGUER no lo cree así, pues la obligación de un Estado de respetar la identidad cultural de las minorías nacionales no implica necesariamente la de reconocerla jurídicamente, especialmente considerando que hay algunas costumbres de estos colectivos que son contrarios a los valores de la cultura mayoritaria y al orden público.⁵⁸⁹ Al respecto, la misma autora señala en otro lugar, que justamente el rito del pañuelo –la parte más relevante de la boda gitana– puede atentar contra la dignidad de la mujer o la igualdad entre los cónyuges.⁵⁹⁰ Y bien lo explica CABEZUELO ARENAS: “Estimar que el matrimonio ha de girar en torno a la virginidad de una muchacha, cuya demostración pública es precisa y de la que se hace depender la honra de su familia, responde más bien a parámetros calderonianos que a concepciones igualitarias arraigadas en nuestra Carta Magna. Dotar de efectos civiles a un ceremonial que exige tales prácticas y abogar, como se hace en nuestros días, por la abolición de otras que resultan vejatorias para el sexo femenino, se nos antoja contradictorio.”⁵⁹¹ También MATIA se pronuncia en este sentido, aunque de modo más amplio, pues a su juicio “resulta imprescindible que se observen los elementos esenciales de la institución civil del matrimonio, que han de ser respetados con independencia del rito que se siga para su celebración.”⁵⁹² Partiendo de esa premisa, el autor destaca otros principios que pueden chocar con ciertas tradiciones de la boda gitana, como la imposición del matrimonio por los padres o tutores de los contrayentes o el hecho de que un menor de edad no emancipado no tenga capacidad legal para casarse, a menos que obtenga la oportuna dispensa.

Por todos estos motivos, tanto CABEZUELO ARENAS como BERENGUER se muestran contrarias al reconocimiento de la eficacia civil de los matrimonios celebrados sólo mediante el rito gitano.⁵⁹³ La segunda añade su temor porque algo así implique demandas similares a futuro, por parte de otros colectivos minoritarios, aunque no les menciona. Y finalmente, “porque tampoco tenemos claro si la propia comunidad gitana desea que se regularice su ancestral rito, ya que dicha regularización conllevaría el compromiso de someterse a los requisitos que fijase el Estado y la asunción de ciertas responsabilidades

⁵⁸⁹ BERENGUER, C., “El principio de igualdad y no discriminación...”, *op. cit.*, p. 156.

⁵⁹⁰ BERENGUER ALBALADEJO, María Cristina, “Los matrimonios en forma religiosa no canónica: celebración e inscripción en el Registro Civil de acuerdo con las reformas operadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria”, *Derecho privado y Constitución* nº 29, 2015, pp. 83-131, pp. 93-94.

⁵⁹¹ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, “Matrimonio y parejas de hecho. ¿Es necesaria una reforma del sistema matrimonial español? A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 21, 2007, pp. 9-62, pp. 47-48.

⁵⁹² MATIA, F., “Condena por una discriminación inexistente...”, *op. cit.*, p. 371.

⁵⁹³ Otro autor que comparte este rechazo es Iván Antonio RODRÍGUEZ CARDO, en “El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad: comentario de urgencia a la STDEH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 2010.

para las que, si bien no dudamos está preparada una pequeña parte de dicha comunidad, no creemos que sea la situación de la mayoría.”⁵⁹⁴ Con esto, la autora se refiere a que esta formalización podría conllevar prácticas de asimilación involuntaria, de lo cual debe protegerse a las minorías nacionales según el CMPMN. Sin embargo, queremos recordar que, en ese sentido, también lo sería la obligación que se les impone de escoger sólo entre matrimonio civil y pareja de hecho –ambas, instituciones que los gitanos no reconocen culturalmente– para poder obtener pensión de viudedad, por ejemplo.

También han surgido defensores de la legalización de la boda gitana, como ARIAS DOMÍNGUEZ, para quien sería razonable hacerlo por medio de una modificación en la legislación civil.⁵⁹⁵ RODRÍGUEZ CARDO, por su parte, considera que el rito gitano se encuentra en un lugar intermedio entre el matrimonio civil y las parejas de hecho, de lo que se desprende la necesidad de una protección particular para él en ciertos casos. De hecho, propone que se cree un mecanismo administrativo o judicial, por medio del cual se determine previamente la existencia o no de matrimonio, considerando que el Sistema de Seguridad Social no resuelve acerca del acceso a la pensión de viudedad, pues esto lo determina el Derecho Civil.⁵⁹⁶ Finalmente, puede mencionarse el planteamiento de FÉLIX BALLESTA, para quien lo más importante para determinar la existencia del matrimonio es el consentimiento de los contrayentes ante un testigo cualificado y dos testigos comunes. En este sentido, afirma que el primero puede ser tanto un funcionario público como una autoridad eclesiástica e incluso un patriarca gitano. De ese modo, la autora apuesta por una interpretación amplia de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa⁵⁹⁷ y del Código Civil, con el fin de que se incluyan formas matrimoniales de carácter étnico junto con las religiosas.⁵⁹⁸

A nuestro juicio, la solución a los problemas que se han dado en torno a la pensión de viudedad para casos de gitanos que sólo se han casado a través de su rito, no pasa por su legalización. Como se ha visto, la legislación al respecto no es discriminatoria y el Estado no tiene la obligación de hacerlo. Sin embargo, sí tiene el deber de proteger las manifestaciones culturales de sus minorías nacionales, en particular si se trata de una tan significativa para la comunidad romaní como el matrimonio. Además, debe considerarse que de esto deriva la posibilidad de acceder a una pensión de viudedad, cuestión bastante sensible en general y especialmente para el colectivo gitano, cuya situación socioeconómica es extremadamente precaria, como ya se ha visto.

En este contexto, cabe recordar que “[l]a situación de necesidad es el tema clave para tener derecho a esta pensión contributiva”, y ésta “nace en el mismo instante en la una persona que convive (o no) y con independencia de la forma de su regulación legal o

⁵⁹⁴ BERENGUER, C., “El principio de igualdad y no discriminación...”, *op. cit.*, pp. 157-158.

⁵⁹⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, “Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad: comentario a la STC 69/2007, de 16 de abril”, *Aranzadi Social*, nº 2, 2007, pp. 2.735-2.746.

⁵⁹⁶ RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, “Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 16, 2007, pp. 6-10.

⁵⁹⁷ Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. BOE nº 177, de 24 de julio de 1980, pp. 16.804-16.805. Particularmente se refiere la autora al artículo 2.b), que señala que todas las personas tienen derecho a “[p]racticar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.”

⁵⁹⁸ FÉLIX BALLESTA, María Ángeles, “Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 102, nº 2, 2003, pp. 407-440, pp. 437-439.

‘similar’, la desaparición del sujeto causante acarrea un aumento de gastos (auxilio por defunción, ridícula por cierto) y crea una expectativa de falta de recursos económicos que dependían del mismo/a y que pone en cuestión el problema de su subsistencia con la dignidad exigible.”⁵⁹⁹

En este sentido, sí creemos que debe hacerse alguna modificación normativa, pero no necesariamente en el Código Civil sino en el sistema de seguridad social. Por esto, coincidimos con BLASCO RASERO, quien se pregunta “cuál es el criterio que debe prevalecer para la adjudicación del derecho a la pensión de viudedad, si la existencia de un vínculo jurídico legalmente constituido o la acreditación de un estado real de dependencia o necesidad económica.” A partir de esto, plantea que “un cambio en el modelo de protección que hiciera hincapié sobre las relaciones existentes al margen del cumplimiento de los trámites formales, alteraría las condiciones de acceso a la pensión para que, en un sistema de derechos derivados, ésta se reconociera a quienes demostraran una relación de dependencia económica respecto al causante o, en un modelo de protección individual, la cobertura se dispensara a quienes acreditaran una situación efectiva de necesidad económica.”⁶⁰⁰

Según nuestro parecer, además de factores socioeconómicos, deberían considerarse elementos culturales o étnicos con este fin. Como han demostrado las únicas dos sentencias favorables a las demandantes, que los tribunales españoles han dictado en casos de supervivientes a matrimonios gitanos que soliciten pensión de viudedad, es un aspecto bastante significativo. El hecho de que el factor étnico haya sido mencionado sólo en las sentencias favorables es un claro ejemplo de los efectos prácticos que tiene tener en cuenta las diferencias culturales en asuntos relacionados con minorías nacionales. En el caso de la comunidad gitana y sus demandas por pensiones de viudedad, deberían considerarse asuntos tan relevantes como el rol del matrimonio en su cultura, y aspectos más propios de sus modos y hábitos, como la poca costumbre y necesidad que tienen de formalizar sus compromisos de una forma tan “oficial” como la occidental.⁶⁰¹

Por último, si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia ha comparado los casos de personas de etnia gitana con el resto de la población en general, o con asuntos religiosos, no se ha dado mayor atención a la distinción entre las costumbres de otras minorías nacionales en España, y las de los romaníes. Al respecto pueden rescatarse las observaciones de ARP, quien afirma que en la evolución jurídica contemporánea en España “se ha establecido un régimen relativamente abierto hacia las costumbres de las personas pertenecientes a aquellas minorías que tengan un área de asentamiento territorial claramente delimitado.”⁶⁰² En cambio, a los gitanos no se les autorizó a codificar su propio Derecho, por lo que deben aplicar en sus relaciones privadas las normas civiles

⁵⁹⁹ ESCOBAR, J., “Un análisis sobre la polémica sentencia del Tribunal de Estrasburgo...”, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

⁶⁰⁰ BLASCO RASERO, Cristina, “Aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de la pensión de viudedad”, *Temas Laborales*, nº 121, 2013, pp. 63-105, p. 80.

⁶⁰¹ En este sentido, es de esperar que no se repitan mucho frases como “no consta que pertenezca a etnia gitana”, presente en la sentencia 1374/2016 del TSJ de Andalucía, considerando que, como ya se ha dicho, ni siquiera los datos oficiales acerca de la población romaní son muy exactos ni confiables, pues ellos mismos no acostumbran llevar un censo de su comunidad y ante las autoridades no es extraño que prefieran ocultar su identidad étnica por motivos de discriminación.

⁶⁰² La vigencia del Derecho foral es el mejor ejemplo de esto: el Código Civil español rige sólo como norma supletoria en las materias que éste regulada.

generales.⁶⁰³ Esta diferencia viene a demostrar la importancia del reconocimiento jurídico del estatus de un grupo como minoría nacional, pues refleja en la práctica la distinción que España ha hecho entre las “oficiales” y la gitana. Ya lo destacábamos al analizar los distintos criterios que utilizan las autoridades al ratificar o dar cuenta del cumplimiento de tratados internacionales al respecto, pues no reconoce a la romaní como minoría nacional en la ratificación del CMPMN, ni incluye al romané dentro de las lenguas protegidas por la CELRM, por ser una lengua “no territorial”. Además, la distinción apuntada por ARP entre la validez que ha dado España a la costumbre de la minoría gitana y la que ha brindado a las demás, demuestra la importancia del territorio en la relación entre el Estado y los grupos minoritarios, asunto que atraviesa esta investigación de modo transversal. En estos asuntos en particular, los gitanos han quedado en una posición desfavorable frente a otras minorías de las que se distingue principalmente por su no-territorialidad.

⁶⁰³ ARP. B., “La protección de la minoría romaní: comentario al Asunto Muñoz Díaz c. España...”, *op. cit.*

CAPÍTULO 3

PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS

1. Introducción

Dentro de las colectividades que en un Estado pueden considerarse “minorías”, están también los pueblos indígenas, categoría bastante peculiar que presenta similitudes y diferencias con las minorías nacionales en todo ámbito, por lo que resulta interesante hacer una comparación entre ambas.

En primer lugar, cabe mencionar la importancia que por sí solos tienen ya los pueblos indígenas dentro de la comunidad internacional, los cuales han ido adquiriendo cada vez mayor protagonismo las últimas décadas, incluso en el ámbito jurídico. Esto, por su cada vez mayor participación en los procesos normativos y en la construcción de instrumentos que protegen sus propios derechos, pasando de ser considerados *objetos*, a verdaderos *sujetos* de Derecho Internacional.⁶⁰⁴

Además, las condiciones de vida de los pueblos indígenas también son muy preocupantes, pues la mayoría de ellos se encuentra en situación de desventaja y constituyen un grupo significativo dentro de la población mundial que vive en extrema pobreza. Siendo alrededor de 370 millones de personas indígenas distribuidos en aproximadamente 90 países⁶⁰⁵ y ocupando el 20% de la superficie terrestre, están dentro de los pueblos más marginados y frecuentemente se encuentran aislados política y económicamente dentro de los Estados en que viven.⁶⁰⁶ De hecho, es preocupante notar que, aunque sólo constituyen el 5% de la población mundial, representan el 15% de quienes viven en extrema pobreza y también son la tercera parte de los 900 millones de indigentes de zonas rurales. Como esta situación afecta directamente el acceso que tienen a bienes y servicios de primera necesidad, los pueblos indígenas también son el grupo mayoritario entre analfabetos y desempleados.⁶⁰⁷ Por si fuera poco, esta diferencia entre

⁶⁰⁴ GÓMEZ DEL PRADO, José Luis, *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos nº 21, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 10.

⁶⁰⁵ Los indígenas están dispersos en todas las regiones del mundo, pudiendo destacarse los siguientes grupos: 70% de los pueblos indígenas vive en Asia; 50 millones de indígenas, en América Latina (constituyendo un 11% de la población de la región); hay 100.000 inuit, 80.000 sami y 1.5 millones en Norteamérica. SARIVAARA, Erika, Kaarina MAATTA y Satu UUSIAUTTI, “Who is indigenous? Definitions of indigeneity”, *European Scientific Journal*, edición especial vol. 1, diciembre 2013, pp. 369-378, p. 369.

⁶⁰⁶ “It has been estimated that the world’s 370 million indigenous peoples reside in approximately 90 countries of the world. They are among the world’s most marginalized peoples, and are often isolated politically and socially within the countries where they reside by the geographical location of their communities, their separate histories, cultures, languages and traditions.” ONU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *State of the world’s indigenous peoples*, vol. 2, United Nations Publications, 2015, p. 2. Disponible en www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2015/sowip2volume-ac.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁶⁰⁷ ONU, Departamento de Información Pública, “La situación de los pueblos indígenas en el mundo”, DPI/2551, enero de 2010, p. 3. Disponible en www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/press%20package/sowip-press-package-es.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

grupos indígenas y no indígenas en términos de pobreza va incluso en aumento en varios países del mundo.⁶⁰⁸

Esta situación es muy grave también desde una perspectiva cultural, considerando que el colectivo en general representa unas 5000 culturas indígenas distintas, siendo así la mayor parte de la diversidad mundial en este ámbito, a pesar de ser una minoría numérica.⁶⁰⁹

Cabe mencionar de todos modos, que estas cifras son sólo aproximaciones, pues las estadísticas acerca de pueblos indígenas en la mayoría de los países son bastante pobres e incluso a veces inexistentes, incluso en Estados que cuentan con sistemas estadísticos desarrollados. Y aunque en los últimos años ha habido cierto progreso al respecto en los informes nacionales, en el ámbito internacional aún falta mucho por hacer y no se evidencia mayor interés en las estadísticas indígenas.⁶¹⁰ Este aspecto es muy relevante como base para diseñar políticas de desarrollo y de control que se ajusten a las necesidades de estos grupos.

Como el caso de la minoría romaní, la precariedad de los pueblos indígenas tiene sus causas en el pasado, condicionada por la pérdida de sus tierras y así del acceso a recursos para subsistir, y por una relación compleja con el resto de la población y con un Estado que históricamente ha pretendido la eliminación de su cultura. Según GÓMEZ DEL PRADO, los factores que más influyen en esta situación son “la amenaza de un desposeimiento forzado de sus tierras, la frecuente obligación que tienen de obtener de las autoridades no indígenas el permiso para practicar sus actividades económicas tradicionales, el deber de obtener autorización de los servicios administrativos para utilizar sus recursos naturales, y también los efectos que ha tenido la tecnología moderna en su hábitat”⁶¹¹.

A raíz de lo anterior, “los pueblos indígenas han sido discriminados en términos económicos y sociales, su cohesión como comunidades se ha visto quebrantada o amenazada y la integridad de sus culturas ha sido socavada. Tanto en los estados industrializados como en los países en vías de desarrollo, los sectores indígenas se encuentran, casi invariablemente, en el último escalón de la escala socioeconómica y existen al margen del poder.”⁶¹²

Ahora bien, aunque comparten ciertos problemas importantes, lo cierto es que pueblos indígenas y minorías nacionales son grupos étnicos de distinta categoría, pues se distinguen en aspectos significativos. Por este motivo, se definen de modo distinto y a partir de eso se les reconocen distintos derechos también.

⁶⁰⁸ ONU, *State of the world's indigenous peoples*, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁰⁹ ONU, “La situación de los pueblos indígenas en el mundo”, *op. cit.*

⁶¹⁰ La Comisión de Estadística de Naciones Unidas, por ejemplo, nunca ha incluido las estadísticas indígenas en su agenda ni ha aplicado sus mecanismos para el asunto. La División de Estadística de la organización tampoco muestra mayor interés por el asunto, fuera del uso de nombres indígenas de algunos lugares. MADDEN, Richard *et al.*, “Statistics on indigenous peoples: international effort needed”, *Statistical Journal of the IAOS*, vol. 32, nº 1, pp. 37-41, p. 37-39.

⁶¹¹ GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas...*, *op. cit.*, p. 66.

⁶¹² ANAYA, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, traducción de Luis Rodríguez-Piñero Royo, Pablo Gutiérrez Vega y Bartolomé Clavero, Trotta, Madrid, 2004. Título original: *Indigenous peoples in International law*, 2ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2004 [2000].

2. El Concepto de “Pueblo Indígena”

2.1 El Concepto de “Pueblo”

Así como las naciones, los pueblos han sido definidos desde dos perspectivas: la territorial (correspondiente a un análisis político-legal) y la de las características (a partir de una aproximación sociológica). La primera corresponde a un enfoque clásico propio de la descolonización, y se refiere al concepto como el conjunto de las personas que habitan un territorio determinado, generalmente el de un Estado. Como se ha visto para el caso de las naciones, se trata de una definición imposible de aplicar en la realidad, dado que la mayoría de los Estados son multinacionales o multiétnicos. De acuerdo con la segunda perspectiva, un pueblo se definiría a partir de las características comunes de sus miembros, por lo que podrían existir varios pueblos conviviendo dentro de un mismo territorio. Este enfoque es precisamente el que se utiliza para definir a las minorías nacionales, lo que demuestra la complejidad de su diferenciación, pues ciertamente comparten elementos esenciales al tratarse de comunidades humanas con rasgos distintivos similares.⁶¹³

En 1989, un grupo de expertos bajo la dirección de la UNESCO se reunió para tratar el asunto, y estableció siete rasgos esenciales que describen a un pueblo: tradición histórica común, identidad racial o étnica, homogeneidad cultural, unidad lingüística, afinidad religiosa o ideológica, conexión territorial y vida económica común. Sin dar una definición completa del concepto, vino a establecerse de todos modos que un pueblo constituye un grupo de individuos que tienen algunas o todas las características enumeradas. Además, se fijó un criterio numérico para distinguir a un pueblo (no requiere ser muy grande, pero sí mayor que una simple asociación dentro de un Estado), y se afirmó que debe tener la voluntad de ser identificado como pueblo o la conciencia de ser tal, y posiblemente medios o instituciones para manifestar dichas características comunes.⁶¹⁴

Sin embargo, ni la comunidad internacional ni el conjunto de especialistas en la materia han logrado llegar a un acuerdo en torno a la definición del concepto. Con respecto a los dos enfoques que se han adoptado para esto, Naciones Unidas ha seguido

⁶¹³ De hecho, Jane WRIGHT afirma que es difícil pensar en una minoría que no cumpla con la mayor parte de esos requisitos, por lo que es difícil distinguir entre minorías y pueblos de modo significativo. “Minority Groups, Autonomy, and Self-determination”, *Oxford Journal of Legal Studies*, nº 19, 1999, pp. 605-629, p. 627.

⁶¹⁴ UNESCO, “Final Report and Recommendations of the International Meeting of Experts on further study of the concept of the rights of peoples”, 22 de febrero de 1990, SHS-89/CONF.602/7. Disponible en: unesdoc.unesco.org/images/0008/000851/085152eo.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

el político-legal, mientras la mayoría de los grupos étnicos y nacionales reclaman su propio derecho de decidir si se es “pueblo” o no.⁶¹⁵

Dada la complejidad del asunto y las reticencias de los Estados ante el término “pueblo” para definir cualquier grupo que no corresponda con la población total que habita su territorio, las organizaciones internacionales –la OIT y la ONU– optaron al principio por el concepto “poblaciones” indígenas, refiriéndose así a uno de los elementos constitutivos del Estado. No obstante, la presión del movimiento indígena con cada vez mayor protagonismo en el debate, llevó a que desde los años ’80 fuera ganando lugar el concepto de “pueblo indígena” para designar a estos colectivos.⁶¹⁶ De hecho, y como se verá más adelante en mayor detalle, finalmente el Convenio nº 169 de la OIT⁶¹⁷ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007⁶¹⁸, utilizan precisamente este último vocablo.

El asunto no es menor, pues el hecho que según el concepto con que se defina un grupo determine el contenido de sus derechos, tiene repercusiones políticas y jurídicas muy relevantes. Por ejemplo, se ha afirmado que el orden jurídico internacional reconoce que un *pueblo* tiene derecho a la autodeterminación, lo que causa cierta reticencia en los Estados. De hecho, es justamente éste el punto de discordia central entre una postura y otra: por un lado, los grupos indígenas abogan por su denominación como “pueblos” y rechazan los de “población” o “minoría”, principalmente porque reclaman su derecho de autodeterminación; por el contrario, los Estados son reacios al uso de la palabra “pueblos” en textos internacionales precisamente por temor al reconocimiento de ese derecho, dado el fantasma de las pretensiones separatistas basadas en él. Como se puede apreciar, “[n]o es una discusión teórica o científica, sino política”⁶¹⁹. De hecho, cabe destacar que, aunque el Convenio nº 169 incluye el vocablo “pueblo”, también incorpora una cláusula estableciendo que esto no tiene implicancias para el derecho de autodeterminación, el cual está fuera de la competencia de la OIT.⁶²⁰ De todos modos, la Declaración de la ONU sí les reconoce el derecho a la diferencia y a la libre determinación; este último, de todos modos, siempre “ejercido de conformidad con el Derecho Internacional” y considerando que su artículo 46 recuerda que nada de lo contenido en el documento se deberá interpretar en contra de la integridad territorial y la unidad política de los Estados.

2.2 El Concepto de “Indígena”

⁶¹⁵ STAVENHAGEN, Rodolfo, “El sistema internacional de los derechos indígenas”, en José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES (coord.), *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Pueblos Indígenas: X Jornadas Lascasianas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México D.F., 2001, pp. 121-147, p. 134.

⁶¹⁶ SOBERO, Yolanda y Rafael CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2006, p. 8.

⁶¹⁷ OIT, C169 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

⁶¹⁸ AGNU, Resolución 61/295, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, 13 de septiembre de 2007.

⁶¹⁹ SOBERO, Y. y R. CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 19.

⁶²⁰ En concreto, el artículo 1.3 del Convenio aclara que “La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho Internacional.”

Tampoco la definición del término “indígenas” ha estado exenta de discusión y controversia de carácter político. Así, no hay acuerdo general al respecto y cada país ha definido lo indígena de modo distinto, considerando criterios de diferenciación que van desde elementos raciales a factores socioculturales.

STAVENHAGEN considera como indígenas a “los descendientes de los pueblos que ocupaban un territorio dado cuando éste fue invadido, conquistado o colonizado por una potencia o una población extranjera.”⁶²¹ Ahora bien, desde un punto de vista semántico, cabe destacar un elemento esencial que compone lo que se debe entender por “indígena”: la prioridad temporal. La palabra proviene del latín *indigenae*, que se refería a las personas que habían nacido en un lugar determinado frente a los *advenae*, que venían de otro; el término “autóctono”, por otro lado, tiene sus raíces en el griego, identificando al grupo que existió primero en un lugar. Ambos vocablos son los que se han utilizado tradicionalmente en el orden jurídico internacional en los idiomas inglés (*indigenous*) y francés (*autochtone*).⁶²² De acuerdo con GÓMEZ DEL PRADO, las dos palabras “implican una distinción entre personas originarias de un país en oposición a inmigrantes o colonos”⁶²³.

2.3 El Concepto de “Pueblo Indígena”

Como es de esperar, dado lo anterior no existe en el Derecho Internacional un acuerdo universal en torno a la definición del concepto “pueblos indígenas”, que ha sido creado para acuerdos internacionales y se aplica a ciertas poblaciones y comunidades en determinadas áreas.⁶²⁴

Esta ausencia no es algo meramente formal sino que tiene efectos significativos. En este sentido, LEHMANN afirma que para los grupos cuya identidad indígena nunca se ha puesto en duda, la falta de una definición del concepto nunca ha operado en desventaja suya; para quienes sí afecta de esa manera la poca claridad al respecto, el asunto no se reduce sólo a pequeñeces legales.⁶²⁵ Al respecto, la autora se refiere principalmente a lo que ocurre en África –según los planteamientos del Relator Especial de Naciones Unidas, Miguel Alfonso MARTÍNEZ, las comunidades africanas que podrían incluirse en esta categoría son en realidad “autóctonas”, siendo el término “pueblos indígenas” inapropiado para ellas⁶²⁶, y ejemplifica con el caso de la comunidad *Rehoboth Baster* en

⁶²¹ STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos indígenas. Algunos problemas conceptuales”, *Revista IIDH*, vol. 15, 1992, pp. 123-143, p. 128.

⁶²² DAES, Érica-Irene A., Documento de trabajo sobre el concepto de “pueblos indígenas”, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, 14º periodo de sesiones, 19 de julio a 2 de agosto de 1996, párr. 10.

⁶²³ GÓMEZ DEL PRADO, *Pueblos indígenas...*, *op. cit.*, p. 29.

⁶²⁴ SARIVAARA, E., K. MAATTA y S. UUSIAUTTI, “Who is indigenous?...” , *op. cit.*, p. 369.

⁶²⁵ LEHMANN, Karin, “To define or not to define. The definitional debate revisited”, *American Indian Law Review*, vol. 31, nº 2, 2006-2007, pp. 509-529, p. 515.

⁶²⁶ MARTÍNEZ, Miguel Alfonso, “Final report: Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations”, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/20, 22 de junio de 1999.

Namibia⁶²⁷, que a su juicio muestra claramente cómo la falta de certeza que surge de la ausencia de una definición, puede ser muy perjudicial para ciertos pueblos indígenas en particular. De hecho, plantea que “[l]as ambigüedades e inconsistencias en el modo en que los demandantes africanos son percibidos y tratados apuntan a la necesidad de una mayor claridad conceptual acerca de cuáles grupos constituyen pueblos indígenas, no sólo para asegurar consistencia e igualdad de trato para todos los pueblos indígenas a nivel internacional, sino porque las ambigüedades a nivel internacional conforman y afectan las respuestas nacionales a grupos demandantes”⁶²⁸.

Ahora bien, es importante aclarar que una definición demasiado estricta también podría traer ciertos efectos negativos, como la exclusión de ciertos grupos por una aplicación excluyente del mismo, la omisión de la autoidentificación de los indígenas como tales, y la poca concordancia que tendría un contenido muy acotado del concepto, con la realidad de los pueblos indígenas, que al igual que las minorías presenta una variedad muy amplia.⁶²⁹

En sintonía con esto, SARIVAARA, MAATTA y UUSIAUTTI consideran que, dada la exclusión que sufren varios grupos al no poder detentar el estatus de pueblos indígenas en distintos Estados, se requiere adoptar un enfoque inclusivo para establecer una definición de estas comunidades; es decir, que la mayor cantidad de descendientes de indígenas puedan ser aceptados oficialmente como miembros de un pueblo indígena.⁶³⁰

Por otro lado, así como puede excluir a algunos grupos de la protección de sus derechos, no hay que olvidar tampoco que la ausencia de una definición de “pueblos indígenas” –o al menos de ciertos estándares de aceptación general– puede provocar un efecto contrario: la inclusión de comunidades que realmente no entran en esta categoría, pero que se posicionen como tales con el único fin de acceder a dicho estatus internacional y a la garantía de los derechos que les corresponden por tenerlo.

Por tanto, una definición clara del término no es imprescindible para proteger los derechos humanos de sus miembros, pero ciertamente es algo que lo facilita. De todas formas, su contenido se ha buscado desde diversas perspectivas, dentro de las que cabe

⁶²⁷ Los miembros de la comunidad Rehoboth Baster son descendientes de niños nacidos de uniones Khoekhoe blancas mixtas en el periodo colonial temprano, quienes se denominaron “basters” por “bastardos” debido a su identidad racial mestiza. El grupo surgió en el sur de Sudáfrica, pero se desplazó al norte escapando del control colonial. Así, algunos se integraron con la población local “nama”, otros cruzaron la entonces inexistente frontera con lo que hoy es Namibia, y otros se fueron a las regiones centrales de Sudáfrica. La rama namibia de la familia original “baster” se autodenominó Rehoboth Basters, por el nombre del territorio que ha habitado desde 1875, ha buscado constantemente su autonomía del poder colonial sudafricano y namibio, y se autoidentifica como indígena, participando de hecho en las sesiones anuales del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas desde 1994. Sin embargo, han debido enfrentar la oposición de varios grupos que no los consideran pueblos indígenas sino colonos o inmigrantes europeos. LEHMANN, K., “To define or not to define...”, *op. cit.*, pp. 517-518.

⁶²⁸ LEHMANN, K., “To define or not to define...”, *op. cit.*, p. 519: “The ambiguities and inconsistencies in the way African claimants are perceived and treated point to the need for greater conceptual clarity on which groups constitute indigenous peoples, not merely to ensure consistency and equality of treatment for all indigenous peoples at the international level, but because the ambiguities at the international level inform and affect national responses to claimant groups”. Traducción propia.

⁶²⁹ CORNTASSEL, Jeff, “Who is indigenous? ‘Peoplehood’ and ethnonationalist approaches to rearticulating indigenous identity”, *Nationalism and Ethnic Politics*, vol. 9, nº 1, 2003, pp. 75-100, p. 76.

⁶³⁰ SARIVAARA, E., K. MAATTA y S. UUSIAUTTI, “Who is indigenous?...”, *op. cit.*, p. 376.

destacar las cuatro que identifica Gonzalo AGUILAR: las propuestas doctrinales, las indígenas, las de los Estados y las de las organizaciones internacionales.⁶³¹

2.3.1 PROPUESTAS DOCTRINALES

Tal como ocurre con el concepto de minoría nacional, aunque no se ha llegado a un acuerdo claro y universal con respecto a la definición de lo que es un pueblo indígena, la mayoría de los especialistas coinciden en considerar como tal, a un grupo de características que le serían propias. Dentro de ellas cabe destacar: la continuidad histórica; la continuidad cultural; la lengua común; la marginación, explotación y pobreza (no se trata de un rasgo esencial de su identidad, sino de la descripción de su situación socioeconómica); la economía de autoabastecimiento o primaria (también hay grupos sedentarios agrícolas, asalariados o que han emigrado a las ciudades, por lo que en realidad su economía podría tildarse “de supervivencia”); y una cosmovisión distinta de la del resto de la población, en la que generalmente la tierra tiene un carácter simbólico, religioso e incluso místico.⁶³² Este íntimo vínculo espiritual entre el indígena y la tierra también se explica por su estrecha relación material con ella, pues la tierra es su principal fuente de subsistencia. Por esta razón, para ANAYA “[u]n pueblo o un individuo es ‘indígena’ si tiene alguna relación especial con la tierra en que vive o quiere vivir, consistente en una raíz ancestral relacionada con ella de mucho mayor profundidad que la que tienen otros habitantes del lugar.”⁶³³

GÓMEZ DEL PRADO menciona que –junto con la etnicidad, las creencias religiosas y el idioma comunes– uno de los elementos objetivos de un pueblo indígena es su constitución como una minoría no-dominante de la población. El mismo autor, sin embargo, relativiza esta afirmación recordando que –al igual que ocurre con algunas minorías étnicas o nacionales–, en varios casos esto no es siquiera aplicable debido a que estos grupos representan incluso la mayoría de la población, como Ecuador, Guatemala o Bolivia, por ejemplo.⁶³⁴

Finalmente, también debe considerarse la autoidentificación de los pueblos indígenas como tales, dentro de los elementos para determinar si un grupo lo constituye.⁶³⁵ Esto correspondería a uno de los elementos subjetivos propios de un pueblo indígena, que consisten en el sentimiento común de pertenencia y el deseo de continuar perteneciendo a dicha comunidad en particular.⁶³⁶

Cabe destacar también la definición que propone CORNTASSEL, desde una perspectiva académico-indígena. El autor, luego de estudiar los planteamientos académicos, estatales e indígenas, incluye los cuatro conceptos interrelacionados que considera esenciales para un pueblo indígena –historia sagrada, ciclos ceremoniales, idioma y tierras ancestrales–, en las siguientes características propias de estas comunidades⁶³⁷:

⁶³¹ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *La dinámica internacional de la cuestión indígena*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007, pp. 327-355.

⁶³² SOBERO, Y., y R. CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, op. cit., pp. 307-309.

⁶³³ ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., p. 24.

⁶³⁴ GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas...*, op. cit., p. 14.

⁶³⁵ AGUILAR CAVALLO, G., *La dinámica internacional de la cuestión indígena*, op. cit., p. 316.

⁶³⁶ GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas...*, op. cit., p. 14.

⁶³⁷ CORNTASSEL, J., “Who is indigenous?...” , op. cit., pp. 91-92.

- a) Pueblos que creen que están relacionados de modo ancestral y se identifican – basados en historias orales o escritas– como descendientes de los habitantes originales de sus tierras ancestrales.
- b) Pueblos que pueden tener –pero no necesariamente tienen– sus propias instituciones formales sociales, económicas y políticas, que tienden a tener bases comunitarias y reflejan sus ciclos ceremoniales, redes de parentesco y tradiciones culturales en constante evolución.
- c) Pueblos que hablan –o que alguna vez hablaron– una lengua indígena, generalmente distinta del idioma dominante en la sociedad.
- d) Pueblos que se distinguen a sí mismos de la sociedad dominante u otros grupos culturales, manteniendo una estrecha relación con sus lugares patrios o sagrados.

Por consiguiente, tomando en cuenta todos los rasgos mencionados anteriormente, podría afirmarse que en general hay una aceptación académica en torno a que un grupo indígena “es todo aquel que se considera a sí mismo y es estimado por otros como tal y cuyas características serían: sentirse heredero de una cultura ancestral, en la que la relación con la ‘tierra’ como elemento simbólico ocupa un importante papel y que, pese a sufrir situaciones de dominio y marginación, no ha perdido su identidad y, además, tiene la voluntad de conservarla y transmitirla a sus descendientes.”⁶³⁸

De acuerdo con el informe de MARTÍNEZ COBO, la continuidad histórica a la que se hace referencia puede consistir en la conservación por un tiempo prolongado hasta el presente, de uno o más de los siguientes elementos⁶³⁹:

- a) Ocupación de las tierras ancestrales o parte ellas.
- b) Ascendencia común con los habitantes originales de dichas tierras.
- c) Cultura o manifestaciones culturales determinadas (religión, sistema tribal, vestimenta, medios y estilos de vida, etc.).
- d) Idioma.
- e) Residencia en ciertos lugares del país o del mundo.
- f) Otros factores.

Según CHACÓN, esta definición tiene un aspecto muy significativo, por el hecho de dejar abierta la categorización de lo indígena a la presencia de uno o más elementos mencionados dentro de lo que consistiría la continuidad histórica. Esto permitiría incluir en dicha categoría a comunidades que aunque han perdido sus tierras ancestrales, mantienen otros aspectos que les distinguen como indígenas. Asimismo, no se consideran dentro de la citada definición sólo a los habitantes originales de un lugar determinado, sino también a los grupos no nativos, pero que de todos modos ocupaban ese territorio antes de que fueran conquistados por los nuevos grupos dominantes.⁶⁴⁰

⁶³⁸ SOBERO, Y., y R. CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 309.

⁶³⁹ MARTÍNEZ COBO, José, *Study of the Problem of the Discrimination Against Indigenous Populations*, vol. V “Conclusions, Proposals and Recommendations”, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, Naciones Unidas, Nueva York, 1987, párr. 380.

⁶⁴⁰ CHACÓN ROJAS, Oswaldo, *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas: problemas y límites de los paradigmas políticos*, Universidad Autónoma Nacional de México y Universidad Autónoma de Chiapas, México, 2005, p. 193.

2.3.2 PROPUESTAS DE LOS ESTADOS

Las definiciones de los Estados naturalmente varían de unos a otros según sus circunstancias, por lo que las posibilidades son muchas. Incluso dentro de una misma región puede haber diferencias significativas. Así, por ejemplo, en América Latina “no hay uniformidad en la definición de estos grupos, recurriéndose a la expresión pueblos indígenas o comunidades indígenas.”⁶⁴¹ A continuación se muestran algunos ejemplos de esto.

En primer lugar puede mencionarse el caso de México, que después de reconocer la composición pluricultural de su nación, define a los *pueblos* indígenas como “aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (artículo 2 de la Constitución Mexicana). Las comunidades que los integran, por tanto, son “aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.” Además, establece que la conciencia de su identidad indígena es esencial para su determinación como tales.⁶⁴²

Ecuador también usa la palabra *pueblos* para referirse a estos grupos, cuando en su artículo 2 afirma que “El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los *pueblos indígenas* en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley.” (Énfasis añadido). Además, reconoce al país como “un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, *plurinacional* y laico” (artículo 1, énfasis añadido), con lo que se entiende a las comunidades indígenas también como *nacionalidades*. De hecho, en la Constitución se utilizan ambos términos indistintamente para referirse a estos colectivos. Así, por ejemplo, el artículo 6 señala: “La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional.” Particularmente significativo es el artículo 56, que incluye distintos conceptos para estos grupos y expresa su pertenencia a la misma unidad política: literalmente, la disposición dice que “[l]as comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.” Por último, cabe destacar el artículo 57, que reconoce y garantiza un listado importante de derechos *colectivos* a “las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”.⁶⁴³

Paraguay, por otra parte, utiliza ambos vocablos. Así, en su artículo 62, la Constitución de 1992 define a los *pueblos* indígenas como “grupos de culturas anteriores

⁶⁴¹ AGUILAR CAVALLO, G., *La dinámica internacional de la cuestión indígena*, op. cit., p. 331.

⁶⁴² Decreto de 18 de julio de 2001, por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o.; y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, tomo DLXXV, nº 10, de 14 de agosto de 2001, pp. 2-4.

⁶⁴³ Constitución de la República del Ecuador, de 25 de julio de 2008. Registro Oficial nº 449, de 20 de octubre de 2008, pp. 8-80.

a la formación y constitución del Estado paraguayo.”⁶⁴⁴ Aunque esta concepción entiende a dichas comunidades sólo en función de su existencia precolombina y no considera ningún otro factor relevante más, el país también tiene una ley específica que da más luces al respecto: la Ley nº 904/81 que establece el Estatuto de las Comunidades Indígenas de Paraguay. Aquí no se habla de “pueblos” sino de “comunidades”, pero se enfatizan más los aspectos culturales, pues el artículo 2 las considera como “un grupo de familias extensas, clan o grupos de clanes, con cultura y un sistema de autoridad propios que habla una lengua autóctona y conviva en un hábitat común.”⁶⁴⁵

Perú prefiere utilizar el término “*comunidades nativas*”, las cuales “tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva⁶⁴⁶ y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso”, tal y como indica el artículo 8 del Decreto Ley 22.175.⁶⁴⁷

Argentina tampoco se refiere a *pueblos* sino a *comunidades* indígenas, que son “los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización, e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad.”, tal y como indica el artículo 2 de la Ley nº 23.302 de 1985.⁶⁴⁸

En Chile, finalmente, la Ley también reconoce a las *comunidades* indígenas, y para que un grupo sea considerado dentro de esa categoría debe ser una “agrupación de personas, pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: provengan de un mismo tronco familiar; reconozcan una jefatura tradicional; posean o hayan poseído tierras indígenas en común; provengan de un mismo poblado antiguo”, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Indígena nº 19.253 de 1993.⁶⁴⁹

En países desarrollados se da una tendencia distinta, pues en varios casos se opta por el término *aborígenes* en lugar de *indígenas*, y a veces no se hace referencia a si constituyen pueblos o comunidades.

En Canadá, por ejemplo, la Constitución enumera los grupos que se consideran dentro de la categoría de *pueblos aborígenes*, pero realmente no da ninguna definición ni

⁶⁴⁴ Constitución de la República del Paraguay, de 20 de junio de 1992. Versión original firmada, disponible en el sitio de la Biblioteca y Archivo Central del Congreso de la Nación, en http://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁶⁴⁵ Ley nº 904/81, de 18 de diciembre de 1981, “Estatuto de las comunidades indígenas”.

⁶⁴⁶ En la Amazonía peruana pueden distinguirse dos regiones: la selva alta y la selva baja o “ceja de selva”. La selva baja es una región de bosques densos, nuboso y lluviosos, ubicada al oriente de los Andes peruanos, entre los 800 y 3.800 msnm.

⁶⁴⁷ Decreto Ley nº 22.175, de 9 de mayo de 1978, “Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva”. Diario Oficial El Peruano, de 10 de mayo de 1978.

⁶⁴⁸ Ley nº 23.302, de 30 de septiembre de 1985, sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes. Boletín Oficial de la República Argentina nº 25.803, de 12 de noviembre de 1985, pp. 1-3.

⁶⁴⁹ Ley nº 19.253, de 28 de septiembre de 1993, “Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”. Diario Oficial de la República de Chile nº 34.683, pp. 2-8.

caracterización de ellos.⁶⁵⁰ Pues bien, de acuerdo con la Ley los aborígenes en Canadá son los indios, los inuit y los métis. Sin embargo, de ellos, los únicos que tienen definición legal son los primeros, pues el *Indian Act* establece los criterios según los cuales alguien puede inscribirse en el Registro Indio.⁶⁵¹ De todos modos, más que enumerar rasgos culturales distintivos de ellos, esta normativa se dedica a señalar aspectos procedimentales en cuanto al estatus de indio en Canadá. Es decir, indica que son considerados como tales, aquellas personas que por distintos motivos habían perdido dicho estatus anteriormente, pero que pueden solicitar ser incluidos en el Registro mencionado: por haberse casado con una persona no-india o porque su padre no tenía estatus indio, aunque su madre sí, por ejemplo. Los indios que no cumplen con los requisitos que enumera el Acta pasan a ser “indios sin estatus”, pues no pueden inscribirse en el Registro aunque se consideren a sí mismos de esa manera. Se trata de una visión bastante restrictiva, pues a partir de esto se determina quién puede recibir determinados privilegios, como vivir en una reserva, por ejemplo.

Distinto es el caso de Nueva Zelanda, cuya definición del grupo maorí es bastante amplia y expansiva.⁶⁵² El *Maori Land Act* de 1993 establece que cualquier persona que descienda de un o una maorí debe ser considerada como tal.⁶⁵³ Por tanto, basta para ello tener un solo ancestro perteneciente al grupo, sin importar el grado de cercanía o lejanía al mismo.

Por otro lado, en Finlandia, donde puede encontrarse el único grupo indígena en Europa –los saami–, se establece una definición bastante específica. La Ley sobre el Parlamento Saami⁶⁵⁴ define legalmente lo que se entiende por un individuo saami y por un miembro del pueblo indígena. Para esto se adopta una perspectiva dual, basada tanto en la auto-identificación como en los criterios jurídicos que forman las bases de lo que constituye la aceptación grupal del citado Parlamento. Por tanto, de acuerdo con esta Ley, una persona es considerada saami si ella misma se considera como tal, y si:

- i. ella misma o al menos uno de sus padres o abuelos ha aprendido saami como primera lengua; o si
- ii. la persona es descendiente de alguien que se ha inscrito como un saami de la colina (*fell*), del bosque o pescador, en el registro de censo, tierra o impuestos; o si

⁶⁵⁰ *Constitution Act* de 1982, de 17 de abril 1982, artículo 35.2. Disponible en el sitio web de la legislación del Gobierno de Canadá, en http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_E.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁶⁵¹ *Indian Act*, Revised Statutes of Canada, 1985, c. I-5. Disponible en el sitio web de la legislación del Gobierno de Canadá, en <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/I-5.pdf> [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁶⁵² Una buena comparación entre los sistemas canadiense y neozelandés puede consultarse en COATES, Natalie, “Who are the indigenous peoples of Canada and New Zealand?”, *Journal of South Pacific Law*, vol. 12, nº 1, 2008, pp. 49-55.

⁶⁵³ *Maori Land Act*, de 21 de marzo de 1993, Public Act 1993 nº 4, preámbulo. Disponible en el sitio web de la Oficina del Consejo Parlamentario de Nueva Zelanda, en <http://legislation.govt.nz/act/public/1993/0004/latest/whole.html> [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁶⁵⁴ Acta sobre el Parlamento Saami nº 974, de 17 de julio de 1995, sección 3. Disponible en el sitio web de la base de datos del Ministerio de Justicia de Finlandia, “Finlex Data Bank”, en <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1995/en19950974.pdf> [última visita: 27 de octubre de 2017].

- iii. al menos uno de sus padres ha podido ser o podría haber sido inscrito como un individuo con derecho a voto en las elecciones de la Delegación Saami o del Parlamento Saami.

Así, para ser oficialmente saami, o tener este estatus, la persona debe identificarse a sí misma como saami, (criterio subjetivo), y cumplir con al menos uno de esos tres criterios objetivos mencionados, que se relacionan con la lengua, los ancestros y los padres saami, respectivamente.

Como se puede apreciar, no hay homogeneidad en las distintas definiciones que presentan las diversas legislaciones del mundo acerca de los pueblos indígenas, aunque sí algunos aspectos en común entre ellas. Según AGUILAR, éstos serían “el hecho de la descendencia de poblaciones ancestrales y anteriores al Estado, la conservación de sus propias instituciones y la afirmación de su pertenencia, lo que tiende a coincidir con las propuestas de las Organizaciones Internacionales”⁶⁵⁵, que es precisamente el punto que trataremos a continuación.

2.3.3 PROPUESTAS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Dentro de las organizaciones internacionales puede rescatarse el planteamiento del Banco Mundial, que –sin presentar una definición acabada debido a su gran diversidad– los entiende como *poblaciones* indígenas en las que se encuentran las siguientes características: un fuerte apego a los territorios ancestrales y sus recursos naturales; identificación de sus miembros como pertenecientes a un grupo cultural definido; lengua indígena frecuentemente distinta de la nacional; instituciones sociales y políticas comunes, y una producción enfocada principalmente a la subsistencia.⁶⁵⁶

Cabe destacar también la definición de la OIT en el artículo 1.1b de su Convenio nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que señala que son pueblos indígenas “por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica que pertenece al país en la época de la conquista o la colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales; y que, cualquiera sea su situación jurídica, conservan todas sus instituciones sociales económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.” La organización establece una distinción con los pueblos tribales, y a partir de ella y de la definición dada, establece que para constituir un pueblo indígena un grupo debe contar con los siguientes elementos: continuidad histórica (deben ser comunidades anteriores a la conquista o colonización); conexión territorial (que sus ancestros hayan habitado el lugar); instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas propias, y conciencia de su identidad indígena. Este último es un factor que, de acuerdo con el artículo 1.2 del Convenio, comparten con los pueblos tribales, a los que también se exige conciencia de su identidad tribal, sumándoseles los dos siguientes elementos para ser considerados como tales, de acuerdo con el artículo 1.1a: condiciones económicas y culturales, organización social y forma de vida que les diferencien de los demás grupos de la población nacional, (tipo de subsistencia, costumbres, idioma), y tener tradiciones y costumbres, y un reconocimiento legal especial.

⁶⁵⁵ AGUILAR CAVALLO, G., *La dinámica internacional de la cuestión indígena*, op. cit., p. 334.

⁶⁵⁶ BANCO MUNDIAL, *Manual de operaciones. Directriz operacional 4.20*, septiembre de 1991, p. 1. Disponible en www1.ifc.org/wps/wcm/connect/b60a30004885573ebbc4fb6a6515bb18/OD420_Spanish.pdf?MOD=AJPERES [última visita: 27 de octubre de 2017].

La Comisión Económica para América Latina de Naciones Unidas (en adelante, CEPAL), por su parte, recoge la definición proporcionada por la OIT y destaca especialmente el criterio de autodefinición, que debe primar en la cuantificación de los pueblos indígenas. Para esta institución, los pueblos y personas que se consideran indígenas son quienes se deben definir como tales, mientras los demás criterios contribuyen ciertamente a su caracterización.⁶⁵⁷

Finalmente, cabe dar lugar a la labor que la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías de la ONU ha realizado al respecto, principalmente a través de sus relatores especiales. Dentro de ellos destaca en particular el estudio que José MARTÍNEZ COBO hizo sobre la discriminación de las –entonces aún llamadas– *poblaciones* indígenas, proporcionando la definición que ha resultado más aceptada para los trabajos de Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. Según el autor, sólo a los pueblos indígenas corresponde el derecho a determinar qué y quiénes son indígenas, y su definición es la siguiente: “[S]on comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollan en sus territorios, se consideran distintos a otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales.”⁶⁵⁸

2.3.4 PROPUESTAS INDÍGENAS

Según CORNTASSEL, la pregunta acerca de “quién es indígena” la responden de mejor manera las mismas comunidades indígenas, razón por la cual las políticas de autoidentificación han ido ganando cada vez mayor aceptación en este ámbito, a pesar de la oposición de los Estados que cuentan con estos grupos dentro de sus fronteras. A partir de esto ha surgido un debate entre dos posturas antagónicas: la que demanda el establecimiento de estándares de definición claros y la que aboga por un derecho ilimitado de los indígenas a su autodefinición.⁶⁵⁹ Por lo general, las definiciones elaboradas por las organizaciones indígenas establecen guías mínimas muy amplias para delimitar el concepto.

Como ejemplo puede presentarse, en primer lugar, la del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, según la cual los pueblos indígenas son “pueblos que habitan países

⁶⁵⁷ CEPAL, *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2014, p. 88.

⁶⁵⁸ MARTÍNEZ COBO, J., *Study of the Problem of the Discrimination Against Indigenous Populations*, *op. cit.*, párr. 378: “Indigenous populations may, therefore, be defined as follows for the purposes of international action that may be taken affecting their future existence. 379. Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.” Traducción propia.

⁶⁵⁹ CORNTASSEL, J., “Who is indigenous?...” , *op. cit.*, pp. 75-76.

que tienen una población compuesta por distintos grupos étnicos o raciales que son descendientes de las primeras poblaciones que habitaron el área, y que no controlan como grupo el gobierno nacional de los países donde viven.”⁶⁶⁰

Por otro lado, debe considerarse también el concepto que el Grupo Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas (IWGIA, por sus siglas en inglés), que constituye probablemente la ONG más eficiente y competente en el ámbito, y que tiene status consultivo con la ONU. Según esta institución, los “[p]ueblos indígenas son los despojados descendientes de aquellos pueblos que habitaban un territorio antes de la formación de un Estado. El término indígena puede ser definido como una característica que relaciona la identidad de un determinado pueblo a un área específica y que lo diferencia culturalmente de otros pueblos o gentes.”⁶⁶¹

2.3.5 SÍNTESIS: ATRIBUTOS DE UN PUEBLO INDÍGENA

De acuerdo con los planteamientos realizados desde las cuatro áreas distinguidas, es posible afirmar con Oswaldo CHACÓN, que la mayoría de las definiciones que se han hecho acerca de los pueblos indígenas, autóctonos o tribales, se centran en sus atributos específicos, por lo que, en síntesis, un pueblo indígena puede contar con algunos o todos los siguientes rasgos⁶⁶²:

- a) Ser descendientes de los primeros habitantes de un territorio que luego fue conquistado por otros.
- b) Ser pueblos nómadas o seminómadas (agricultores itinerantes, pastores, cazadores y recolectores).
- c) No tener instituciones políticas centralizadas sino una organización comunitaria basada en la toma de decisiones consensuada.
- d) Tener todas las características de una minoría nacional: compartir lengua, religión y cultura, un vínculo con un territorio determinado y ser infravalorados por la cultura dominante.
- e) Tener una cosmovisión distinta de la dominante, basada en una actitud no materializada y protectora con respecto a la tierra.
- f) Estar constituidos por individuos que se consideran autóctonos.

⁶⁶⁰ CONSEJO MUNDIAL DE PUEBLOS INDÍGENAS (WCIP), *The need for international conventions: a World Council of Indigenous People*, Concept Paper, abril de 1981. Disponible en la página web del Center for World Indigenous Studies <http://cwis.org/document/the-need-for-international-conventions-2/> [última visita: 27 de octubre de 2017]: “people living in countries which have a population composed of differing ethnic or racial groups who are descendants of the earliest populations living in the area, and who do not as a group control the national government of the countries within which they live.” Traducción propia.

⁶⁶¹ IWGIA, “¿Quiénes son los pueblos indígenas?”, <http://www.iwgia.org/cultura-e-identidad/identificacion> [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁶⁶² CHACÓN ROJAS, O., *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas...*, op. cit., p. 196.

2.4 La Relación entre Pueblos Indígenas y Minorías Nacionales

El cuarto elemento constitutivo de un pueblo indígena que plantea CHACÓN, justamente hace referencia a la relación entre estos grupos y las minorías nacionales, tema central de esta investigación. Acerca de esto, cabe hacer cierta mención a los problemas conceptuales que se presentan en torno a ambos términos –ninguno con una definición consensuada, como se ha visto–. Al respecto, existen autores que consideran a los pueblos indígenas como un tipo de minoría.⁶⁶³ Lo cierto es que “la línea divisoria entre ‘minorías étnicas’ y ‘pueblos indígenas’ es tenue, y el tratamiento de ambas problemáticas en el seno de la ONU responde a preocupaciones comunes: los derechos humanos colectivos de grupos sociales subordinados y marginados.”⁶⁶⁴ De hecho, antes del ya mencionado estudio de MARTÍNEZ COBO no se daba mucha atención a los pueblos indígenas, y se les habría incluido dentro de la categoría de minorías nacionales, por muy complicado que esto pudiera ser.

En general, tanto en la teoría como en la práctica no se distingue mucho entre minorías nacionales y pueblos indígenas, y el Derechos de las primeras puede ser aplicado a los segundos. En palabras de CHACÓN, ambos “son grupos minoritarios⁶⁶⁵ que han sido perjudicados históricamente y que demandan auto-gobierno.”⁶⁶⁶ De hecho, sus identidades generalmente se basan en su resistencia al dominio cultural foráneo y a experiencias de colonialismo, lo que también marca el tono de sus demandas políticas basadas en un sentimiento de desventaja histórica; es lo que sustenta sus exigencias de autogobierno y autodeterminación.

Otros sectores intelectuales, si bien reconocen que ambos tienen varios atributos en común, de todas formas consideran que son dos tipos de grupos distintos.⁶⁶⁷ Esta perspectiva es la que se ha sostenido mayoritariamente, pues de lo contrario no se lograría un reconocimiento de la especificidad de los pueblos indígenas en relación con los demás grupos humanos. La separación entre ambos se establece oficialmente en la Declaración de Viena de 1993.⁶⁶⁸ En su artículo 19, este documento habla de minorías en general, sin especificar si se trata de minorías étnicas, nacionales o de otro tipo. Luego, su artículo 20 se dedica de manera separada a las comunidades indígenas, refiriéndose a ellas siempre como “poblaciones”, aunque en una ocasión dice “esos pueblos”.

⁶⁶³ El mejor ejemplo lo constituye Will KYMLICKA, para quien los grupos indígenas de América son derechamente minorías nacionales. Destaca, además, el hecho de que antes de ser incorporados a los nuevos Estados hubiesen tenido distintas formas de autogobierno, lo cual siguen demandando en la actualidad por diferenciarse de la cultura mayoritaria en los Estados a los que pertenecen. *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, pp. 25-26. Pierre GEORGE, por otro lado, también entiende a ambos grupos como íntimamente relacionados, pues, por ejemplo, incluye a los indios de América del Norte dentro de la categoría de “minorías históricas”. *Geopolítica de las minorías*, Oikos-Tau, Barcelona, 1985, pp. 34-39.

⁶⁶⁴ STAVENHAGEN, R., “El sistema internacional de los derechos indígenas”, *op. cit.*, pp. 141-142.

⁶⁶⁵ A pesar de que en algunos Estados la población indígena constituye efectivamente una mayoría numérica, generalmente las comunidades indígenas están en una posición de minoría en cuanto a ser un grupo dominado por otro en la sociedad que habitan o tener menor participación política como grupo en la toma de decisiones de dicha sociedad.

⁶⁶⁶ CHACÓN ROJAS, O., *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas...*, *op. cit.*, p. 272.

⁶⁶⁷ SOBERO, Y., y R. CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁶⁸ CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, Declaración y Programa de Acción de Viena, 25 de junio de 1993.

Fuera de las evidentes similitudes que hay entre ambos tipos de grupos, pueden identificarse diferencias significativas que pueden encontrarse entre ellos. Por ejemplo, está el elemento cuantitativo: el término “minoría” implica ser un grupo numéricamente inferior dentro de la sociedad, cosa que no siempre sucede así en el caso de los pueblos indígenas; en algunos países éstos constituyen mayoría demográfica (los mayas en Guatemala, los inuit en Groenlandia o los quechuas y aymaras en Bolivia), o al menos parte importante de la población, como en Perú. Se ha mencionado ya que este aspecto puede ser discutible, pues aunque generalmente se da en la realidad que las minorías lo sean también en cuanto a número, lo que prima en su definición es su posición no-dominante, y se han dado casos en los que un grupo cuantitativamente mayoritario sea en la práctica una minoría étnica o nacional. Un buen ejemplo resulta lo ocurrido en Sudáfrica con el *apartheid*. De todas formas, se trata de excepciones que confirman la regla, por lo que creemos que el elemento numérico puede considerarse como un primer aspecto que plantea cierta distinción entre pueblos indígenas y minorías etno-nacionales.

Por otro lado, está el tema de la ocupación ancestral de las tierras que habitan y su especial vinculación con ellas.⁶⁶⁹ Constituye éste un asunto esencial para los pueblos indígenas, que en cambio no tiene lugar en el caso de minorías. De hecho, como hemos visto en esta investigación, es posible encontrar minorías que no necesariamente ocupen un mismo territorio determinado o que están dispersas en distintos lugares, como es precisamente el caso de los romaníes. En cambio, a juicio de GÓMEZ DEL PRADO, el principal aspecto que diferencia a ambos tipos de colectividades, es precisamente “el vínculo ancestral e histórico con la tierra”⁶⁷⁰ que habitan los pueblos indígenas. Para AGUILAR, los dos elementos mencionados marcan una distinción clara entre indígenas y minorías.⁶⁷¹

Por último, cabe mencionar que los pueblos originarios –principalmente los de América– reclaman haber sido naciones soberanas en un pasado, soberanía que se les quitó por la fuerza al someterlos a otros Estados, cosa que tampoco ocurre en el caso de las minorías.⁶⁷²

CHACÓN ofrece una lista de ocho aspectos que a su juicio distinguen entre minorías nacionales y pueblos indígenas, que serían los siguientes:⁶⁷³

- i) Tradición democrático-liberal: las minorías nacionales están familiarizadas con ideas liberales y democráticas –que comparten con el resto de la población del Estado–, mientras los indígenas siguen organizados principalmente según criterios de etnicidad, tradición o religión.
- ii) Elites económicas: siendo parte del proceso de modernización, las minorías nacionales también se han beneficiado de éste, con lo que han podido surgir elites económicas significativas que han podido movilizar al grupo para plantear sus demandas frente al Estado y cuestionar la construcción nacional. La mayoría de los indígenas, en cambio, se mantiene fuera de la modernidad viviendo en la pobreza. De hecho, hay varios grupos indígenas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, particularmente los recolectores-cazadores,

⁶⁶⁹ ROJAS BASTIDAS, Daniel, *Análisis conceptual del derecho a la tierra de los pueblos indígenas según el Derecho internacional*, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2014, p. 26.

⁶⁷⁰ GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas...*, op. cit., p. 26.

⁶⁷¹ AGUILAR CAVALLO, G., *La dinámica internacional de la cuestión indígena*, op. cit., pp. 393-395.

⁶⁷² ROJAS BASTIDAS, D., *Análisis conceptual del derecho a la tierra de los pueblos indígenas...*, op. cit., p. 26.

⁶⁷³ CHACÓN ROJAS, O., *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas...*, op. cit., pp. 274-281.

nómadas y silvícolas.⁶⁷⁴ Es más, para algunos autores lo propiamente distintivo de los pueblos indígenas es precisamente su modo de producción no industrial y un estilo de vida que les sitúa en una posición de especial vulnerabilidad ante el Estado y la modernización, pues determinados factores como el derecho de propiedad, el sistema judicial o el de impuestos, por ejemplo, son elementos del Estado moderno “incompatibles con el modo de vida tradicional de muchos pueblos indígenas”⁶⁷⁵.

- iii) Nivel educativo de las masas: las minorías nacionales han logrado un nivel educativo suficiente como para estar conscientes de su situación, mientras los indígenas muestran gran porcentaje de analfabetismo y riesgo de exclusión social, con poca capacidad para participar de la política nacional.
- iv) Precedentes autonómicos: las minorías nacionales muchas veces tienen antecedentes de derechos autonómicos reconocidos, (los fueros de catalanes y vascos antes de las reformas borbónicas, por ejemplo). En cambio, los pueblos indígenas nunca han tenido este tipo de privilegios. Pueden haber disfrutado cierto autogobierno, pero la autonomía basada en esto no sería algo concedido, sino un régimen político-jurídico acordado que reconozca su condición de pueblos indígenas. Quizás esto explica la observación de GÓMEZ DEL PRADO, según el cual una diferencia significativa entre pueblos indígenas y minorías nacionales, es que los primeros tienden a buscar formas de autonomía política, de acuerdo con su identidad particular, y de hecho los instrumentos internacionales dedicados a su protección pretenden garantizarles un mayor margen de desarrollo autonómico; en cambio, aquéllos que protegen a las minorías nacionales privilegiarían mayores espacios de pluralismo en la vida comunitaria de las sociedades en que habitan.⁶⁷⁶
- v) Grado de homogeneidad del grupo: las minorías nacionales en general son bastante homogéneas en términos culturales, lo que les ha facilitado la movilización en torno a su identidad.⁶⁷⁷ Los pueblos indígenas, por otro lado, son muy heterogéneos en países como México o Chile, y además están dispersos geográficamente.
- vi) La cohesión interna del grupo: las minorías nacionales han tenido mayor éxito al distanciarse de la mayoría cultural y mantener así un grado superior de cohesión. Los grupos indígenas, en cambio, están muy fragmentados, dificultándose así el impacto nacional de sus movilizaciones.
- vii) Impacto de los espacios de interculturalidad: las minorías nacionales mantienen su identidad y fortaleza incluso en los espacios donde se mezclan con la mayoría, mientras la de los indígenas se ve afectada cuando conviven con no indígenas.
- viii) Peculiaridad del planteamiento autonómico: para las minorías nacionales la autodeterminación se entiende como un derecho histórico, pero para los pueblos indígenas constituye un requisito esencial para su constitución como tales, de su identidad.

Debido a todas estas diferencias, el autor cree “que los pueblos indígenas deben ser considerados como una categoría enteramente distinta, provista de derechos *sui*

⁶⁷⁴ SOBERO, Y., y R. CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 13.

⁶⁷⁵ ERIKSEN, Thomas Hylland, *Ethnicity and Nationalism. Anthropological Perspectives*, 2ª ed., Pluto Press, Londres, 2002 [1993], p. 130.

⁶⁷⁶ GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas...*, op. cit., p. 14.

⁶⁷⁷ Como se ha visto en el segundo capítulo de esta investigación, no es el caso de la minoría romaní, que constituye una excepción.

generis. Esto conlleva la necesidad intelectual y sociopolítica de construir una teoría latinoamericana de los derechos de los pueblos indígenas que, bebiendo de las teorías del nacionalismo y la etnicidad, contemple desde instituciones particulares el desafío normativo de estas poblaciones.”⁶⁷⁸

De hecho, el propio movimiento indígena ha rechazado la consideración de sus pueblos como minorías, optando por presentar sus demandas separándose de las exigencias planteadas por las minorías étnicas y nacionales. En esta postura está también su interés por establecer un régimen separado para ellos, en el que se les reconozcan derechos más amplios. Es precisamente cuando pueblos indígenas y minorías comienzan a ser distinguidos unos de otros, cuando la posición y los derechos de los pueblos indígenas empezaron a ganar apoyo en la arena política y en acuerdos internacionales en los años '90.⁶⁷⁹

En realidad, la práctica internacional ha tendido a tratar a ambos grupos como si fueran categorías distintas pero solapadas, por lo que comparten ciertas consideraciones normativas, especialmente en asuntos de no-discriminación e integridad cultural. Sin embargo, las organizaciones internacionales interesadas en los pueblos indígenas apuntan a las necesidades y características específicas de estas comunidades, que justificarían un tratamiento diferenciado en relación con las minorías de Europa Occidental, por ejemplo.⁶⁸⁰

Por otro lado, cabe recordar que, dado que en Derecho Internacional un pueblo tiene derecho de autodeterminación, por concepto se entiende que un pueblo indígena lo tiene, pero una minoría nacional no. Y aquí es donde entra a jugar un rol importante el tema de la definición de los términos, como ya se ha analizado. Esto explica también la insistencia del movimiento indígena por establecer sus demandas de manera separada y distinguirse así de las minorías nacionales.

Finalmente, otra de las reivindicaciones específicas que plantean insistentemente los pueblos indígenas y que no comparten las minorías nacionales, surge de su consideración como víctimas de despojos y conquistas. De esa manera, mientras las minorías nacionales reclaman más por la protección de derechos reconocidos, los pueblos indígenas luchan más por la restitución de tierras y derechos perdidos, destacando además la muy especial relación que mantienen con sus tierras en base a la pertenencia, y no a la propiedad.

Estos dos últimos elementos –sus demandas de reconocimiento de tierras y su derecho de autodeterminación– han sido el fundamento de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías para distinguir entre pueblos indígenas y minorías. Lo mismo hace la OIT y otros organismos de Naciones Unidas. Por consiguiente, se podría afirmar en términos generales, que “los pueblos indígenas tienen todos los derechos que tienen las minorías, pero además pueden tener el derecho a la autodeterminación con todos sus problemas de interpretación y aplicación.”⁶⁸¹

⁶⁷⁸ CHACÓN ROJAS, O., *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas...*, op. cit., p. 285.

⁶⁷⁹ SARIVAARA, E., K. MAATTA y S. UUSIAUTTI, “Who is indigenous?...” , op. cit., p. 370.

⁶⁸⁰ ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., p. 185.

⁶⁸¹ CASTELLINO, Joshua, “The protection of minorities and indigenous peoples in International law: a comparative temporal analysis”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 17, 2010, pp. 393-433, p. 396: “(...) indigenous peoples have all the rights that minorities have, but may in addition also have the right to self-determination with all its attendant problems of interpretation and application.” Traducción propia.

3. Los Pueblos Indígenas y el Estado

3.1 Relaciones entre los Estados y los Pueblos Indígenas

Las distintas relaciones que se han dado entre Estados y pueblos indígenas responden también a factores históricos, debido a que se han desarrollado a partir del encuentro entre nativos e inmigrantes o colonos. Por eso GÓMEZ DEL PRADO distingue entre dos enfoques: el ibérico y el anglosajón. Siguiendo el primero, españoles y portugueses se basaron en bulas papales, y desarrollaron políticas coloniales de asimilación y marginación por la fuerza, las cuales continuaron marcando relaciones asimétricas entre pueblos indígenas y criollos al independizarse las nuevas repúblicas americanas en el siglo XIX. En los pocos casos en que no se pudo someter a los nativos por la fuerza, se firmaron instrumentos jurídicos que establecían garantías para los indígenas que no se respetaron. En Norteamérica, en cambio, las potencias europeas firmaron tratados con los pueblos indígenas para poder asentarse en el lugar sin alarmarles. Además, como los colonizadores no tenían el título original de las tierras, y así su presencia podía cuestionarse legalmente, prefirieron buscar el acuerdo con los indígenas, quienes debían ceder o vender sus tierras mediante dichos tratados.⁶⁸²

En América Latina se siguió el primer modelo, por lo que al conformarse los nuevos Estado-naciones en el siglo XIX, las autoridades desarrollaron este proceso de acuerdo con una mirada paternalista fundada en un darwinismo social que entendía que a los “salvajes” y “bárbaros” que constituían los habitantes originarios de estos territorios, había que civilizarlos para hacerlos parte de las nuevas sociedades que los conformaban. De ese modo, cada gobierno pretendía dirigir a su Estado hacia el progreso, la modernización y el desarrollo.

A pesar de esas aparentes buenas intenciones, en realidad este proceso de “civilización” implicó el despojo de tierras a los indígenas y la consiguiente apropiación de sus recursos por parte de distintos intereses económicos, su explotación como mano de obra, y la destrucción del medio ambiente en esos lugares. Así fue cimentándose el camino para que aumentaran en la población indígena ciertos males que le aquejan hasta hoy: pobreza, enfermedades, desnutrición, desorganización social y pérdida de su identidad y cultura. Por eso podemos afirmar con STAVENHAGEN, que “[l]as complicadas relaciones entre los pueblos originarios y los estados nacionales que surgieron de la caída

⁶⁸² GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas...*, op. cit., pp. 54-62. El hecho de que se haya permitido a los pueblos indígenas concluir tratados con las potencias coloniales implica que se les reconocía como entidades soberanas. Como es sabido, con el tiempo estos grupos fueron perdiendo dicho estatuto y pasaron a ser comunidades sometidas a un Estado; de hecho, en la actualidad se niega el carácter internacional a los tratados firmados con pueblos indígenas.

y fragmentación de los imperios coloniales constituyen hasta la actualidad el marco de referencia de la problemática de los derechos humanos de los pueblos indígenas.”⁶⁸³

Por lo tanto, y al igual que ocurre con las minorías nacionales, la relación que mantienen los pueblos indígenas con los Estados en cuyos territorios habitan es bastante delicada. El estatus que se les ha reconocido dentro de ellos varía entre los distintos Estados, que los han definido como pueblos extranjeros (*alien people*)⁶⁸⁴, como minorías con derechos especiales⁶⁸⁵ y como colectivos de individuos⁶⁸⁶.

De acuerdo con FREEMAN –para quien los pueblos indígenas constituyen naciones sin Estado–, en estas definiciones generalmente no se respetan sus valores colectivos ni los derechos de sus miembros individuales.⁶⁸⁷ Lo cierto es que muchas veces estas comunidades significan un problema para el Estado en su objetivo de lograr la cohesión social dentro de su territorio y en ocasiones ciertos proyectos de desarrollo nacional. Debido a esto han adoptado políticas indígenas que, aunque variadas, intentan sortear estos obstáculos protegiendo los intereses estatales. A juicio de SOBERO y CALDUCH, éstas podrían agruparse en cinco categorías: genocidio, etnocidio, asimilación, integración, y una cierta protección paternalista a través de leyes y disposiciones especiales.⁶⁸⁸

BRETÓN, por su parte, considera que las políticas estatales con respecto a los pueblos indígenas pueden resumirse en los siguientes cuatro tipos⁶⁸⁹:

- a) Dominación y negación de su reconocimiento: son Estados que no reconocen la presencia de pueblos indígenas dentro de sus fronteras. Por ende, no se les permite mantener su cultura ni su organización, y menos se les reconocen sus tierras.
- b) Asimilación: política que pretende eliminar las diferencias culturales para construir una sociedad homogénea, por lo que no existe un reconocimiento legal

⁶⁸³ STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos”, en Mikel BERRAONDO (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 21-28, p. 23.

⁶⁸⁴ Leti VOLPP, por ejemplo, estudia cómo la doctrina constitucional de Estados Unidos ha tratado a los indígenas como extranjeros, incluyéndolos en la legislación dedicada a estos últimos, incluso dentro de su política de inmigración. De hecho, lo que plantea es que en Estados Unidos los indígenas fueron incorporados dentro de la normativa que se creó para gobernar a otro grupo distinto –el de los extranjeros–. Esto, desde una perspectiva histórica en el contexto de la colonización, entendiendo que los Estados colonizadores han transformado a los indígenas en extranjeros. “The indigenous as alien”, *UC Irvine Law Review* vol. 5, nº 2, 2015, pp. 289-325.

⁶⁸⁵ Así, por ejemplo, en 1980 Noruega creó una Comisión sobre los Derechos de los Samis a los Recursos, la cual publicó un informe en el que recomendaba establecer un Parlamento Sami –que se estableció en 1984–. En ese documento, la Comisión dejaba claro que de todos modos no se debía considerar a los Samis como pueblos sino que debía protegerseles como minoría, de acuerdo con el artículo 27 del PIDCP. GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas...*, *op. cit.*, p. 108.

⁶⁸⁶ Esta última es una visión que de todos modos se encuentra presente en distintas perspectivas y definiciones, especialmente si se considera que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –dentro de lo cual se enmarca la protección de los pueblos indígenas– se funda en una filosofía liberal e individualista. Como ya se ha mencionado en el capítulo anterior, y como volveremos a tratar más adelante, esto ha ido cambiando en las últimas décadas, dando paso a la consideración de ciertos derechos colectivos, pero se trata de algo que aún no está consolidado.

⁶⁸⁷ FREEMAN, Michael, “Are there collective human rights?”, *Political Studies*, vol. 43, 1995, pp. 25-40, p. 40.

⁶⁸⁸ SOBERO, Y., y R. CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, *op. cit.*, p. 312.

⁶⁸⁹ BRETON, Roland, *Las etnias*, Oikos-Tau, Barcelona, 1983, pp. 136-138.

de las mismas. La cultura que debe prevalecer es la dominante, por lo que debe desecharse la indígena.⁶⁹⁰ Se trata de la postura más común que han tomado históricamente los Estados hacia sus pueblos indígenas, especialmente en África y algunos países de América, y en general en los Estados que tienen dentro de sus prioridades la seguridad nacional y la construcción de una nación unificada.⁶⁹¹ HEISE, TUBINO y ARDITO, basándose en el antropólogo e historiador francés Nathan WACHTEL, definen la asimilación como el proceso por el que una población asume los rasgos culturales de otro grupo humano, perdiendo su identidad específica.⁶⁹²

- c) Consideración de los grupos indígenas como colectivos que requieren protección –y por tanto, quizás también legislación– especial: es una postura más tolerante pero a la vez paternalista. Podría corresponder con las políticas de integración, que muestra ciertas diferencias con la asimilación por cuanto sería más respetuosa de la coexistencia de distintas culturas. Es la actitud que actualmente está tomando la mayoría de los Estados y la que adoptaron por mucho tiempo ciertas organizaciones internacionales relevantes como el Instituto Indigenista Interamericano o la OIT (el Convenio 107 es un excelente ejemplo de la clásica política de integración). Estas políticas pretenderían mantener “los mejores” aspectos de la cultura tradicional, y eliminar los que constituyan un obstáculo para el progreso económico. En este sentido, CAPOTORTI considera la integración como “un proceso encaminado a la unidad de los distintos grupos de una sociedad determinada que, al mismo tiempo y mediante medidas específicas, permite conservar sus propias características.”⁶⁹³ Lo que no queda tan claro es si esta unidad es simplemente una suma de los atributos de cada grupo, si éstos deben perder algunas de sus características específicas por igual, o si uno de ellos –el más discriminado, evidentemente– deberá ceder más en pos de la integración. En general, los críticos de esta aproximación consideran que no hay diferencias sustanciales entre ambas, y que la integración es sólo “una forma lenta de asimilación”⁶⁹⁴, por lo que el resultado al que llegarían ambas sería eventualmente el mismo: la desaparición de los grupos indígenas como tales.
- d) Pluralismo: se trata del reconocimiento del derecho a la diferencia, a partir del cual se permite el autogobierno, la autonomía y la existencia de organizaciones propias de los pueblos indígenas. En base a esto, se pretende garantizar su protección y su participación política. En este caso, las relaciones entre el Estado y los grupos en cuestión se sostendrían en la igualdad entre ambos, no en el dominio de uno sobre el otro. En palabras de CAPOTORTI, es aquella política cuyo objetivo fundamental es “preservar la identidad de los grupos minoritarios; para esto se les garantiza un amplio grado de libertad en la administración de sus propios asuntos. Por lo tanto, su aplicación puede suponer el establecimiento de

⁶⁹⁰ CAPOTORTI, F., *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, op. cit., párr. 293.

⁶⁹¹ SOBERO, Y., y R. CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 106.

⁶⁹² HEISE, María, Fidel TUBINO y Wilfredo ARDITO, *Interculturalidad. Un desafío*, CAAP, Lima, 1994.

⁶⁹³ CAPOTORTI, F., *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, op. cit., párr. 293: “a process which aims at the unity of the various groups of a given society while allowing them to maintain their own characteristics through the adoption of specific measure.” Traducción propia.

⁶⁹⁴ GRAY, Andrew, *Entre la integridad cultural y la asimilación*, IWGIA, Copenhague, 1992, p. 25.

una estructura política y administrativa especial, o la concesión de autonomía local en un amplio rango de asuntos a las regiones donde viven las minorías.”⁶⁹⁵

Ahora bien, tanto en América Latina y África como en Australia, Nueva Zelanda o India, lo cierto es que en la práctica los pueblos indígenas han sido relegados a un estatus de hecho de una impotente “ciudadanía de segunda clase”, lo que se relaciona además con un déficit democrático que incluye la falta de representación política adecuada y de participación en los procesos de toma de decisión sobre asuntos que les afectan directamente.⁶⁹⁶

3.2 Políticas Estatales sobre Indígenas en América Latina

Según CABEDO MALLOL, en América Latina pueden identificarse cuatro etapas distintas en cuanto a las políticas que asumieron los Estados con respecto a sus pueblos indígenas: la colonial; la de la independencia; la que se inició a mediados del siglo XX, y la comenzada en los noventa de la centuria pasada y que continúa en la actualidad. En cada época mencionada se habría desarrollado un modelo distinto de relación con los pueblos indígenas: en la colonial, uno segregacionista; con la independencia comenzó un proceso de asimilación; a mediados del siglo XX se empezó a buscar la integración, y desde finales de dicha centuria puede observarse un reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural.⁶⁹⁷

La política de segregación se estableció al consolidarse la conquista de América, y trajo consigo una división de la población entre la República o pueblo de indios, y la República o villas de españoles, o de Dios. Cada segmento, con sus propias leyes y autoridades, pero sin quedar ambas en igualdad de condiciones, sino estableciendo el dominio de la República de españoles sobre la de los indios. Esto, en base a la idea según la cual, estos últimos eran naturalmente inferiores⁶⁹⁸, lo que justificaba su tutela y explotación como mano de obra en lo que se denominaba como “encomienda”⁶⁹⁹. El

⁶⁹⁵ CAPOTORTI, F., *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, op. cit., párr. 293: “preserving the identity of minority groups; it pursues this objective by granting them a large degree of freedom in the administration of their own affairs. Its application may thus entail the establishment of a special political and administrative structure or the granting of local autonomy on a wide range of matters to the regions where minorities live.” Traducción propia.

⁶⁹⁶ VAN GENUGTEN, Willem y Camilo PÉREZ-BUSTILLO, “The emerging international architecture of indigenous rights: the interaction between global, regional, and national dimensions”, *International Journal on Minority and Group Rights*, nº 11, 2004, pp. 379-409.

⁶⁹⁷ CABEDO MALLOL, Vicente, *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*, Universitat Politècnica de València, Valencia, 2004, p. 82.

⁶⁹⁸ Estas ideas surgieron de los planteamientos que la escolástica española hizo al respecto. Un buen ejemplo lo constituye Francisco de VITORIA, cuyas ideas se plantearán más adelante.

⁶⁹⁹ Los conquistadores españoles llegaron a América con la ilusión de adquirir títulos nobiliarios y sus respectivos derechos sobre tierras y vasallaje. En el “Nuevo Mundo”, las fórmulas para el control de la tierra y la regulación de la población se desvincularon de la concesión de tierras y se basaron en la “encomienda”, delimitándose por la fuerza del trabajo y el tributo de los naturales: “[e]ra una cesión de tributos por parte del soberano –que era quien debía cobrarlos de los naturales– a favor de los encomenderos, en razón de que estos merecían una compensación por los servicios prestados a la Corona en la conquista. Así, los naturales eran progresivamente

objetivo de esta política era básicamente la preservación de la identidad cultural y la diferencia racial, por lo que permitió conservar las costumbres de los indígenas.

Durante el siglo XIX, en el contexto de la formación de los nuevos Estado-naciones independientes en América Latina, surgió la política asimilacionista. Esto debe entenderse dentro del ideario nacionalista que impulsa estos proyectos, en los que Estado y nación se unen indisolublemente –como ya se ha analizado en el primer capítulo de esta investigación–, pretendiéndose la homogeneidad cultural dentro del territorio de un Estado. Esto supuso para los indígenas “no sólo un dominio político sino también social y cultural”⁷⁰⁰, ya que se buscaba la asimilación o desaparición de la cultura indígena dentro de la nación.

Formados estos nuevos Estados, las políticas gubernamentales comenzaron a orientarse a su consolidación y fortalecimiento, cobrando fuerza las ideologías nacionalistas. Esto, junto con el factor económico que implica la expansión capitalista del momento, explica el surgimiento de lo que se denomina como *indigenismo*. Éste se basa en políticas que pretenden integrar a las comunidades indígenas a las sociedades en las que habitan, con el fin de lograr la unidad nacional dentro del Estado. En ese sentido, cobraron gran importancia los ámbitos de la educación y la cultura, a través de la castellanización y la reducción de toda manifestación indígena a lo que se considera como folklore. En el aspecto económico, las políticas enfatizaron el retraso de los medios de producción indígenas frente al capitalismo occidental, al cual debían integrarse para progresar.⁷⁰¹ Se trata de una práctica estatal paternalista con respecto a las comunidades indígenas, que entendía que era un deber moral del Estado ayudarles a salir de su atraso, y es precisamente esta visión la que se encuentra tras el Convenio nº 107 de la OIT, sobre el que volveremos más adelante.

incorporados en la economía de aquellas tierras, convirtiéndose prácticamente en usufructo del encomendero.” En base a esto, “el encomendero recibía de los naturales el tributo que todo varón, entre 18 y 50 años, debía pagar al rey, por su condición de vasallo libre. Además, estaba obligado a velar para que los naturales encomendados recibieran la doctrina cristiana, pagar a los doctrineros y acudir en defensa de la tierra si hubiera apelación por parte de las autoridades. Posteriormente, se impondría la obligación de vivir en la villa de españoles que fuera cabecera de los términos en los que residían los naturales encomendados.” PENA GONZÁLEZ, Miguel Anxo, “Entre la encomienda de los naturales y a esclavitud de los africanos: continuidad en las razones”, en Álvaro BARAIBAR, Bernat CASTANY, Bernat HERNÁNDEZ y Mercedes SERNA (eds.), *Hombres de a pie y de a caballo: conquistadores, cronistas misioneros en la América colonial de los siglos XVI y XVII*, Instituto de Estudios Auriseculares IDEA, Nueva York, 2013, pp. 263-278, pp. 264-265. Para un estudio detallado de los antecedentes de la encomienda, sus características y su desarrollo en América, consúltese el texto clásico al respecto de Silvio ZAVALA, *La encomienda indiana*, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1935. En cuanto a los efectos que esto tuvo en los pueblos indígenas, particularmente en el caso de Chile, podemos decir con Hugo CONTRERAS que la encomienda “fue, sin duda, la institución que más influyó en el cambio que sufrieron los grupos étnicos que habitaban este territorio al momento en que el capitán Pedro de Valdivia y su hueste arribaron a él. En tal sentido, la imposición del dominio castellano sobre la sociedad originaria, como había sucedido en el resto de América, se tradujo en un rápido intento aculturizador en el cual la encomienda y más aun su versión de servicio personal tuvo bastante que decir.” *Encomienda y servicio personal entre las comunidades indígenas de Chile central, 1541-1580*, tesis doctoral dirigida por Gabriel Salazar, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2009, p. 414.

⁷⁰⁰ BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. “El derecho a la existencia cultural alterna”, en *Derechos indígenas en la actualidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1994, pp. 103-115, p. 106.

⁷⁰¹ IBARRA, Alicia, *Los indígenas y el Estado en el Ecuador*, Ediciones ABYA-AYALA, Quito, 1992, pp. 17-18.

Sin embargo, como ya se ha señalado, dicho concepto tradicional de Estado-nación está actualmente en transformación y sus fundamentos cuestionados por diversos fenómenos y nuevos actores. Junto con esto, los pueblos indígenas han ido alcanzando cada vez mayor participación internacional y demandando con más fuerza sus derechos. Así, el movimiento ha avanzado bastante el último tiempo, logrando reformas legales muy importantes. De esta manera, hoy son varios los Estados latinoamericanos con porcentaje significativo de población indígena, que tienen constituciones en las que se reconoce su pluralismo étnico y cultural.⁷⁰² Esto constituye un cambio relevante en cuanto al principio de igualdad ante la ley, pues ésta ya no se basa solamente en la uniformidad sino en el reconocimiento del derecho a la diferencia.⁷⁰³

Lo anterior corresponde un proceso que lleva ya varias décadas: el trato dado a los indígenas en las constituciones latinoamericanas ha ido cambiando desde los años '70,

⁷⁰² Ocho constituciones latinoamericanas contienen alguna referencia que reconoce la naturaleza multiétnica, pluricultural y/o multilingüística de sus sociedades.

En primer lugar, Bolivia afirma en el artículo 1 de su Constitución Política de 2009, que es “un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”, y en el artículo 9 establece como fines y funciones esenciales del Estado “constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales” y “reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional.”

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, por otro lado, define a la misma como “un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico” (artículo 1). Asimismo, se refiere a las “nacionalidades indígenas” que coexisten en él (artículo 6) y establece como responsabilidad del Estado velar “por la identificación, protección, defensa, conservación, restauración, difusión y acrecentamiento del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza histórica, artística, lingüística y arqueológica, de la memoria colectiva y del conjunto de valores y manifestaciones que configuran la identidad plurinacional, pluricultural y multiétnica del Ecuador” (artículo 380.1). Por último, en su artículo 257 señala los principios de interculturalidad y plurinacionalidad como rectores de su organización político administrativa.

La Constitución de Perú de 1993, por otro lado, garantiza el derecho de toda persona a su identidad étnica y cultural, y establece el reconocimiento de “la pluralidad étnica y cultural de la Nación” por parte del Estado (artículo 2.19).

También Colombia “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” en su Constitución (artículo 7), y establece como obligación del Estado y de las personas proteger sus riquezas culturales y naturales (artículo 8).

México, por su parte, caracteriza su nación como “única e indivisible”, pero aclara que tiene “una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, artículo 2).

La Constitución de la República del Paraguay de 1992 se refiere a esto sólo en el artículo 140, dedicado a los idiomas que se hablan en el país. Así, afirma en primer lugar que éste es “pluricultural y bilingüe” y establece como lenguas oficiales el castellano y el guaraní. Además, señala que “las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación.”

Cabe mencionar también el preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, según el cual ésta es decretada “con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado...”

Finalmente, aunque Argentina no tiene un reconocimiento constitucional de su diversidad étnica, sí lo hace respecto de la preexistencia étnica y cultural de pueblos indígenas (artículo 75.17).

⁷⁰³ CABEDO MALLOL, V., *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*, op. cit., p. 90.

en reformas que responden a un esfuerzo regional por reconstruir las relaciones entre el Estado y la sociedad y que han desembocado en lo que VAN COTT denomina como “constitucionalismo multicultural”. La autora se centra en Colombia y Bolivia, pero afirma que es media docena de países que han seguido su ejemplo.⁷⁰⁴

Este “constitucionalismo multicultural” vendría a ser una tendencia regional emergente hacia el reconocimiento de los derechos indígenas en América Latina, y para afirmar su existencia se basa en que nueve de las dieciocho constituciones latinoamericanas de reciente modificación comparten al menos tres de los siguientes cinco elementos:⁷⁰⁵

- a) el reconocimiento retórico de la naturaleza multicultural de sus sociedades y la existencia de pueblos indígenas como colectivos sociales subestatales distintos;
- b) el reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas como derecho público oficial;
- c) derechos de propiedad colectiva protegidos de la venta, desmembramiento o expropiación;
- d) estatus oficial o reconocimiento de lenguas indígenas;
- e) garantía de una educación bilingüe.

De acuerdo con VAN COTT, esta postura responde a la toma de conciencia acerca del aporte que puede significar la diversidad étnica incluso en la promoción de la unidad nacional, llamando la atención hacia el problema de la exclusión política, enfatizando la importancia del derecho a la democracia, e inculcando en la cultura política los valores de participación, inclusión y tolerancia. El valor de esto no sería la solución de los conflictos normativos, pero sí el establecimiento de un marco para el diálogo intercultural y el proceso de acomodación mutua, lo cual quizás da menos seguridad a las minorías étnicas pero puede ser un modo más realista de construir un Estado multicultural que persista en el tiempo.⁷⁰⁶

Ahora bien, es cierto también que desde la publicación del libro de VAN COTT, en Latinoamérica ha habido tanto avances como retrocesos. Al respecto, VAN GENUGTEN y PÉREZ-BUSTILLO⁷⁰⁷ afirman que en ciertos casos –Nicaragua, Colombia, Panamá, México y Guatemala– se había reconocido el derecho de las comunidades indígenas a la autonomía para entonces, aunque en distintos grados. Sin embargo, contrario al optimismo mostrado VAN COTT, en México y Guatemala finalmente el reconocimiento que se hizo de los pueblos indígenas en acuerdos de paz con grupos insurgentes, no se ha traducido aún a reformas legales. De hecho, en estos casos parece haber una tendencia hacia la reducción o limitación de esos derechos. En Bolivia, por otro lado, puede verse una fuerte politización de los asuntos indígenas, relacionada con la lucha contra el impacto de las políticas económicas neoliberales. En Ecuador y Venezuela los autores identifican un nuevo enfoque mixto, que combina avances en algunos asuntos como la no-discriminación, los derechos colectivos y la representación política, junto con retrocesos como la negación del derecho a la autonomía y una retórica que enfatiza la idea unitaria

⁷⁰⁴ VAN COTT, Donna Lee, *The friendly liquidation of the past: the politics of diversity in Latin America*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 2000, p. 257.

⁷⁰⁵ VAN COTT, D. L., *The friendly liquidation of the past...*, *op. cit.*, p. 265. Según la autora, los Estados en cuestión son Nicaragua, Colombia, Paraguay, México, Perú, Bolivia, Panamá, Guatemala y Ecuador.

⁷⁰⁶ VAN COTT, D. L., *The friendly liquidation of the past...*, *op. cit.*, pp. 278-279.

⁷⁰⁷ VAN GENUGTEN, W. y C. PÉREZ-BUSTILLO, “The emerging international architecture of indigenous rights...”, *op. cit.*, pp. 397-399.

del Estado, siguiendo la lógica westfaliana a la que ya nos hemos referido a lo largo de toda esta investigación.

3.3 Demandas de los Pueblos Indígenas: Tierras y Participación

Se ha adelantado anteriormente que, dentro de las reclamaciones que han hecho los pueblos indígenas sobre violaciones a sus derechos, destaca principalmente la demanda que muchos tienen con respecto a la propiedad de los territorios que habitan, o que habitaban tradicionalmente, y que han perdido en algún momento de la historia por diversas razones y en distintas circunstancias. Ahora bien, muchas de las tierras que perdieron los indígenas fue a causa de la conquista europea de América, contexto en el cual los recién llegados utilizaron el Derecho Internacional a su favor a través del concepto de *terra nullius*, con el que justificaron la ocupación y expropiación de tierras indígenas en América y África.

En el mismo contexto, las potencias europeas también firmaron tratados con los pueblos indígenas, en los cuales estos últimos debían ceder o vender sus tierras a los colonos. Esto ocurrió principalmente en Norteamérica, pero también hay casos en el sur del continente.

Ahora bien, la interpretación que se dio entonces y que ahora se da a esos instrumentos varía según la perspectiva que se adopte. Según GÓMEZ DEL PRADO, los pueblos indígenas los ven como “tratados de paz y de amistad destinados a organizar una coexistencia pacífica sobre un mismo territorio y no el desposeimiento de ese territorio, ni tampoco normas que sirven para reglamentar de manera restrictiva sus modos de vida (en el interior o exterior de dicho territorio) bajo la jurisdicción general de autoridades no indígenas”⁷⁰⁸, lo cual sería contrario a su derecho de autodeterminación. El punto de vista de los Estados es, evidentemente, uno opuesto, y a partir de esto se han creado situaciones conflictivas en distintos países. La doctrina actual, en general, deja al Estado la interpretación de estos tratados según su legislación interna, pero de todos modos la forma en que éstos se aplican indica si el Estado respeta las obligaciones que adquirió mediante dicho tratado, su abrogación unilateral, y su no-ratificación por parte del Estado. A partir de esto, el autor afirma que no se puede asumir que actualmente se estén aplicando las cláusulas establecidas en esos acuerdos.⁷⁰⁹

Debido a lo anterior, en las últimas décadas las tensiones étnicas en América Latina han ido aumentando en cantidad e intensidad, incluso amenazando la estabilidad democrática en varios países, pues muchas veces la solución a estos problemas implica reformas estructurales del mismo Estado. Esto se debe a que las demandas indígenas trascienden los aspectos culturales, políticos y socioeconómicos, pues se plantean desde una perspectiva global, entendiendo que todas forman un conjunto de condiciones necesarias para su subsistencia como grupo diferenciado. Por esta razón, las dificultades entre estos colectivos y el Estado constituye ciertamente un “conflicto étnico”.⁷¹⁰

⁷⁰⁸ GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas...*, op. cit., p. 59.

⁷⁰⁹ GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas...*, op. cit., p. 60.

⁷¹⁰ SOBERO, Y., y R. CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 312.

Aunque los motivos tras estos conflictos no siempre son los mismos, son varios los que se relacionan con el uso y la explotación de los recursos nacionales en tierras en disputa, a raíz de grandes proyectos industriales. De esa manera, en ellos pueden observarse “las tensiones existentes entre los diversos actores involucrados en los mismos” y cómo se enfrentan “dos maneras de entender el desarrollo: la de los Estados, que alientan la inversión privada, como expresión de su deber de promover el desarrollo, tal como se encuentra consagrado en varias constituciones latinoamericanas; y la de los pueblos indígenas y su derecho a usar y gozar de sus tierras, protegiéndolas y gestionándolas de acuerdo con su cosmovisión y bajo la protección constitucional.”⁷¹¹

Como se verá más adelante, los pueblos indígenas comenzaron a manifestar estas demandas desde los años '70 del siglo XX, tanto en foros nacionales como internacionales. Éstas han tenido una interesante evolución recientemente, desde la mejora de sus condiciones de vida concretas hasta ciertas ideas políticas e ideológicas como la “liberalización” o la “descolonización”, en una discusión que contrapone las posturas del indianismo y las del occidentalismo.

En 1971, por tanto, podemos encontrar uno de los primeros documentos referidos a la agresión que sufren estas comunidades en la Primera Declaración de Barbados. Firmada por un grupo de antropólogos, ésta afirma que el Estado, las misiones religiosas y la antropología tienen responsabilidad en esta situación, e incluso señala el derecho de los pueblos originarios a experimentar sus propios esquemas de autogobierno, desarrollo y defensa. En 1977 se firmó una Segunda Declaración, que tomó estas ideas como base.

Entre medio, en Paraguay se realizaba el Primer Parlamento Indio Americano del Cono Sur en 1974, el cual “marca una toma de conciencia india continental, y pone de relieve los problemas planteados por los indígenas en cuanto a la posesión de las tierras cultivables, la discriminación en la educación, las malas condiciones de salud de la población, el trabajo sin seguridad social y la falta de organización de los indígenas.”⁷¹² Otros avances se dan en la misma época en otros contextos nacionales, como la creación del Consejo Mundial de los Pueblos Indígenas en Canadá (1975) y del Consejo Regional de los Pueblos Indígenas de América Central en Panamá (1977).

Luego, en la década de 1980, se comenzó a plantear de modo abierto el asunto de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito internacional y comienzan a celebrarse diversos congresos y conferencias internacionales sobre estos asuntos. El tratamiento internacional de la protección de los derechos indígenas cristaliza en los años '90, luego de la entrega del Premio Nobel de la Paz para Rigoberta Menchú en 1992 y con la declaración de Naciones Unidas de 1993 como el “Año Internacional de los Pueblos Indígenas”. Ese mismo año se realizaron dos Cumbres Internacionales de Pueblos Indígenas, convocadas por la misma Rigoberta Menchú, que cobraron gran relevancia al establecerse como un foro donde los pueblos indígenas pudieron manifestar sus demandas en el plano internacional, llamar la atención, y concienciar a la comunidad internacional acerca de su situación. A partir de entonces, y como se señalará más

⁷¹¹ VVAA, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas: la situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Fundación para el Debido Proceso Legal y Oxfam, Washington D.C. y Lima, 2011, p. 7.

⁷¹² MEDINA ESCALANTE, Miguel Jesús, “Visión contemporánea acerca de los derechos humanos de los pueblos indios”, en José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES (coord.), *Pueblos indígenas y derechos étnicos: VII Jornadas Lascasianas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México D.F., 1999, pp. 51-67, p. 52.

adelante, los últimos años han visto surgir distintos espacios que se han creado de modo especial y permanente, para manifestar y tratar las demandas de los pueblos originarios.

Ahora bien, en las últimas décadas el movimiento indígena ha logrado desarrollar una organización que le ha permitido plantear sus demandas de manera clara en ámbitos nacionales e internacionales, especialmente en contextos y órganos del sistema internacional de derechos humanos. Esto, porque en primer lugar sus reclamaciones se deben a violaciones de derechos que están garantizados para todos los individuos en instrumentos de derechos humanos en general, como el PIDCP y el PIDESC. Como veremos más adelante, se relacionan principalmente con su derecho a no ser discriminados y a su supervivencia como grupo, tal como ocurre con las minorías nacionales. De acuerdo con STAVENHAGEN, “en numerosos países los indígenas siguen sufriendo discriminación étnica, racial y de género, y en algunos hasta hace poco eran sujetos de regímenes tutelares especiales sin disfrutar plenamente de todos los derechos humanos reconocidos. Su acceso a la justicia es generalmente difícil, su participación política es limitada, sus niveles socio-económicos se encuentran por debajo del promedio nacional, su identidad cultural es negada y sus características culturales son menospreciadas por la sociedad mayoritaria o hegemónica. Con razón el movimiento indígena planteaba desde sus inicios «el derecho a tener derechos».”⁷¹³

Sin embargo, los pueblos indígenas tienen también otras demandas específicas, de derechos que les corresponden de modo especial, diferenciándose de los individuales de todas las personas, e incluso de los que pueden reivindicar otros colectivos como las minorías nacionales. Dentro de estas reclamaciones, una de las que resultan cruciales para estas comunidades “es el reconocimiento de sus tierras o territorios tradicionales. Esta demanda se considera tanto esencial para evitar su destrucción como grupo, como requisito básico para conseguir otras mejoras.”⁷¹⁴

El problema es que actualmente hay otros actores muy interesados en esas tierras, como son gobiernos y empresas transnacionales que persiguen fines productivos o de extracción minera en ellas. Por eso, intentan comprar o arrendar a largo plazo dichas tierras, o incluso proceden a desalojar a las comunidades indígenas sin ninguna compensación equitativa, contraviniendo los principios de Derecho Internacional. La minería, por ejemplo, ha ido en aumento y las nuevas necesidades energéticas requieren nuevos metales, con lo que la industria extractiva va aumentando. Y es precisamente en los territorios indígenas donde se encuentra la mayor parte de los recursos que interesan a las empresas y los gobiernos. Esto ha llevado a una expropiación de tierras indígenas que estos pueblos denominan la “agresión del desarrollo”.⁷¹⁵ Lo mismo ha ocurrido con la búsqueda de fuentes de energía, como la construcción de centrales hidroeléctricas en tierras que tradicionalmente ha ocupado el pueblo mapuche en Chile, por ejemplo. Sobre esto volveremos más adelante, pero cabe señalar por ahora que los conflictos que más se destacan entre los Estados y sus pueblos originarios giran en torno a estos asuntos, debido

⁷¹³ STAVENHAGEN, R., “Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos”, *op. cit.*, p. 24.

⁷¹⁴ SOBERO, Y., y R. CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, *op. cit.*, p. 313.

⁷¹⁵ WHITMORE, Andy, “Los pueblos indígenas y las industrias extractivas”, en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 207-244, pp. 208-209. En este artículo, con “industrias extractivas” el autor se refiere principalmente a la minería y a la industria del petróleo y el gas, pero también la industria maderera, los grandes proyectos hidroeléctricos y los monocultivos se consideran normalmente dentro de esta categoría.

a sus efectos. De acuerdo con WHITMORE, la industria extractiva tiene fuertes impactos tanto ambientales –en el agua y los residuos, la calidad del aire, la salud y los medios de subsistencia–, como sociales y culturales, o en ámbitos como el de la economía, mujeres y minería (migración, trabajo sexual, violaciones, tráfico de mujeres, violencia doméstica, enfermedades de transmisión sexual, etc.), conflictos internos, impactos culturales y espirituales, y violaciones de los derechos humanos, (incluyendo las más graves, como asesinatos y ataques, torturas, intimidación, militarización, desplazamiento forzoso, violencia de género y detención ilegal). El problema es que es frecuente que la violación de los derechos indígenas es justificada con la excusa del “desarrollo nacional”, que según esta visión estaría por encima de los derechos que tienen los pueblos originarios de mantener sus modelos de economía, que de hecho son más sostenibles.

Como se verá más adelante, a sus derechos territoriales se vincula también la demanda de los pueblos indígenas por una mayor participación en la toma de decisiones políticas, especialmente en asuntos que les atañen de modo directo, como son los proyectos de explotación industrial de los recursos de las mismas tierras que reclaman. En este contexto, demandan el respecto a su derecho a ser consultados previamente en estos supuestos, y a ser indemnizados en caso de sufrir expropiaciones, traslados o cualquier otro perjuicio.

En este sentido, los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan directamente con su reivindicación de la autodeterminación, pues para ellos ésta “implica un derecho al control y gestión de sus propias tierras y de los recursos que se encuentran en el suelo y subsuelo que ellos tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma”⁷¹⁶. También la Relatora Especial DAES señala que “[u]no de los aspectos importantes de la afirmación de los derechos de los indígenas a la tierra es permitir que éstos controlen sus tierras, territorios y recursos mediante sus propias instituciones”, pero que lamentablemente, “[a]unque se afirmen los derechos a la tierra, los territorios o los recursos, a menudo no se da a los indígenas la posibilidad de ejercer la libre determinación interna en forma de control y de adopción de decisiones en el ámbito del desarrollo, el uso de los recursos naturales y las medidas de gestión y conservación.”⁷¹⁷

Ahora bien, en general estas comunidades no pretenden materializar su derecho a la autodeterminación en su dimensión externa, sino principalmente en la interna. Es decir, no tienen demandas de independencia y separación absoluta de los Estados donde habitan, pero sí de cierta autonomía y autogobierno, por lo que tampoco pretenden integrarse totalmente en la cultura dominante. Según ANAYA, “la mayoría aspira a fórmulas intermedias a medio camino entre estas dos opciones. La efectividad de la autodeterminación para los pueblos indígenas –incluido el goce efectivo de la no discriminación, la integridad cultural, los derechos a la tierra, el desarrollo y bienestar social y el autogobierno– depende del contexto específico, dada la gran diversidad de circunstancias de los pueblos indígenas a lo largo y ancho del planeta.”⁷¹⁸

⁷¹⁶ AGUILAR CAVALLO, G., *La dinámica internacional de la cuestión indígena*, op. cit., p. 531.

⁷¹⁷ DAES, Érica-Irene A., Documento de trabajo final sobre Prevención de Discriminación y Protección a los Pueblos Indígenas y a las Minorías, “Las Poblaciones indígenas y su relación con la tierra”, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 53º periodo de sesiones, 11 de junio de 2001, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/21, párr. 83.

⁷¹⁸ ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., pp. 247-248.

4. Derecho Internacional sobre Pueblos Indígenas

4.1 Antecedentes Históricos

Desde hace unos años se está discutiendo acerca de redefinir las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado nacional, y en este debate el tema de los derechos humanos –y por tanto, del Derecho Internacional de los derechos humanos– se ha vuelto prioritario y marco de referencia obligado.⁷¹⁹ Esto, ya que desde esta perspectiva los pueblos indígenas son vistos como grupos humanos cuyas necesidades específicas merecen una atención especial en torno a sus demandas actuales de derechos humanos. En este sentido, el pasado histórico de opresión de estas comunidades cobra relevancia en cuanto contribuya a explicar las condiciones actuales en las que viven sus miembros.

De hecho, el origen de los derechos de los pueblos indígenas se remonta también a los comienzos del Derecho Internacional de los derechos humanos, pudiendo encontrarse una preocupación por esto en la transición a la modernidad, dentro del contexto de la conquista de América y la consecuente relación de los europeos con los habitantes originarios del continente, cuyas características y estatus había que determinar. Así, por ejemplo, fue nuevamente VITORIA el que se refirió a estos asuntos, sosteniendo que los indígenas tenían ciertos derechos de autonomía y títulos sobre sus tierras, y que éstos se debían respetar. En base a esto también, diseñó la argumentación que sostenía la validez de la adquisición de estas tierras por parte de los conquistadores.⁷²⁰

Los planteamientos de VITORIA establecieron, en primer lugar, que los indígenas eran seres humanos racionales, aspecto esencial para determinar su estatus, y si podían ser titulares de derechos. Sin embargo, este intelectual no consideraba que fueran también aptos para formar o administrar una república, lo que finalmente constituyó el fundamento del dominio europeo sobre sus tierras. Además de esto, VITORIA elaboró una teoría de la guerra justa, que respaldaba el dominio español sobre tierras indígenas incluso sin su consentimiento. Así como reconoció derechos de los indígenas, estableció también sus deberes, dentro de los que estaba permitir a los extranjeros viajar a sus tierras, comerciar con ellos y hacer proselitismo para la cristiandad. Su interferencia en esto podría conducir a una guerra justa, y de ese modo, a la conquista de tierras.⁷²¹

Ahora bien, como ya se ha mencionado anteriormente, el Derecho de Gentes de entonces se basaba en la idea de Estados-naciones como únicos sujetos de Derecho, por lo que era necesario que los pueblos indígenas fueran considerados como naciones o estados para que se les reconocieran derechos como grupo. Pero estos conceptos se

⁷¹⁹ STAVENHAGEN, R., “El sistema internacional de los derechos indígenas”, *op. cit.*, pp. 121-122.

⁷²⁰ VITORIA, Francisco de, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, 1532. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=466> [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁷²¹ VITORIA, F. *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, *op. cit.*

basaban en un modelo de organización definido principalmente por la integridad del dominio territorial, y la autoridad jerárquica y centralizada. En cambio, los pueblos indígenas se configuraban por vínculos tribales o de parentesco, sus estructuras políticas eran descentralizadas y compartían o superponían esferas de control territorial.

Para considerar a una entidad como Estado eran necesarios ciertos elementos esenciales que conformaran lo que se entendía por sociedad civil: tener una autoridad determinada a la que obedecer, un domicilio fijo y un territorio definido. Esta visión correspondía a la tendencia política y jurídica dominante, y en base a eso finalmente se negó a los pueblos indígenas un estatuto y protección en el Derecho Internacional.⁷²²

Esta política fue sustentada también por el positivismo presente en la filosofía del Derecho de Gentes de fines del siglo XIX y principios del XX. A partir de esta exclusión de los pueblos indígenas como sujetos de derecho en el Derecho Internacional, se justificó la colonización y el imperialismo europeos, así como la ocupación de la *terra nullius*, (tierra vacante), que constituían sus tierras. De esa manera, se consolidó un Derecho de gentes cuyo interés por los pueblos indígenas se basaba en el principio de tutela, el cual se fundaba en “un sistema eurocéntrico y estatocéntrico donde no había espacio para un reconocimiento en pie de igualdad de los pueblos indígenas.”⁷²³

Esta es la visión que ha prevalecido hasta hace poco tiempo. Fuera de ciertas convenciones de la OIT sobre trabajadores indígenas a comienzos de la centuria, y del Convenio nº 107 de 1957 sobre poblaciones indígenas y tribales, lo cierto es que el Derecho Internacional sobre pueblos indígenas propiamente tal es bastante nuevo, y se enmarca dentro de la protección internacional de los Derechos humanos. Dentro de esto, el marco legal internacional de los derechos indígenas es bastante multifacético, pues comprende instrumentos dedicados a los pueblos indígenas, pero también normas de derechos humanos relacionados con derechos de minorías, no-discriminación, integridad cultural y propiedad. Como se verá en las siguientes páginas, aun siendo un marco tan amplio, finalmente el Convenio nº 169 de la OIT sigue siendo el único instrumento legalmente vinculante que trata estos asuntos en el ámbito universal.

4.2 Derechos Humanos y Derechos Indígenas

En principio, la idea de los derechos humanos parece no calzar muy bien con la de derechos de pueblos indígenas, principalmente por la oposición entre una visión esencialmente individualista, abstracta y universal –la primera–, y una colectiva, concreta y particular –la segunda–. Ahora bien, como apunta Xabier ETXEBERRIA, esta tensión trae consigo también la oportunidad de avanzar en la ampliación de la definición de los derechos humanos “hacia horizontes más inclusivos y más respetuosos de la complejidad de la realidad, lo que resultará positivo no sólo para los pueblos indígenas, sino para el conjunto de la humanidad.”⁷²⁴

⁷²² ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., pp. 59-62.

⁷²³ ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., p. 76.

⁷²⁴ ETXEBERRIA, Xabier, “La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua”, en Mikel BERRAONDO (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 63-83, p. 63.

Es cierto que los primeros documentos de derechos humanos que surgieron a mediados del siglo XX –la Carta de Naciones Unidas y la DUDH– tienen un marcado énfasis individualista. Como ya se ha mencionado, no incluyen derechos colectivos, por lo que tampoco hay referencia alguna a los derechos de los pueblos indígenas. No obstante, tampoco hay que subestimarlos, porque hay ciertas disposiciones de estos instrumentos que han servido de base o fundamento para el desarrollo posterior del contenido de sus derechos. Así, por ejemplo, cabe destacar que la DUDH reconoce en su artículo 17.1 el derecho a la propiedad, pero lo hace mencionando también su dimensión colectiva, a pesar del énfasis individualista del documento en general. En concreto, y aunque no desarrolla su contenido, la disposición señala que “[t]oda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”.

Los Pactos de 1966, por otro lado, reconocen el derecho de autodeterminación de los pueblos –que analizaremos en profundidad más adelante–, pero siempre pensando en los procesos de descolonización y no en las comunidades indígenas, que tampoco se mencionan en el artículo 27 del PIDCP.

De todos modos, la preocupación y el interés estaban presentes. Hubo varios procedimientos de la ONU que afectaban directa o indirectamente la protección de los pueblos indígenas, por lo que pueden ser utilizados para la protección de sus derechos.

En general, los pueblos indígenas pueden encontrar en los mismos instrumentos que sirven a las minorías nacionales –también en la Declaración sobre minorías, por ejemplo–, elementos que protejan sus derechos, pero siempre y cuando éstos sean considerados como minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas. Sin embargo, como veremos más adelante, en los trabajos de la Subcomisión el tratamiento de los derechos indígenas tomó otra dirección.

4.2.1 CONVENCIÓN CONTRA EL GENOCIDIO

Tal como ocurre con las minorías nacionales, algunas organizaciones indígenas han invocado esta Convención presentándose como víctimas de actos de genocidio. Sin embargo, la ONU no ha tomado en cuenta estas denuncias, así como tampoco ha aceptado la interpretación de las normas de esta convención aplicadas a lo que podría ser el “genocidio cultural” o “etnocidio”. Estos conceptos han sido muy utilizados por los pueblos indígenas, alegando que, como el instrumento proscribía medidas que tiendan a la destrucción total o parcial de un grupo étnico, aquéllas que buscan la destrucción cultural de un pueblo constituyen genocidio, aunque no impliquen su eliminación física.⁷²⁵

Ahora bien, de todos modos hay que aclarar que “[l]a protección de los pueblos indígenas del genocidio en el ámbito internacional ha sido generalmente inefectiva. Pocos casos de genocidio contra pueblos indígenas han sido llevados ante comisiones internacionales, o las Naciones Unidas. Aquéllos que han llevado quejas ante esas instituciones, han aprendido que ellas generalmente no tienen capacidad para reparar supuestas violaciones de derechos humanos.”⁷²⁶

⁷²⁵ STAVENHAGEN, R., “El sistema internacional de los derechos indígenas”, *op. cit.*, p. 125.

⁷²⁶ HITCHCOCK, Robert, Thomas KOPERSKI y Charles FLOWERDAY, “Genocidio y etnocidio de pueblos indígenas: el caso de los Aché del Paraguay”, en Bartolomé CLAVERO *et al.*, *Los Aché del Paraguay: discusión de un genocidio*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, Copenhague, 2008, pp. 43-54, p. 48.

Ha habido denuncias de este tipo en distintos lugares del mundo, destacándose, por ejemplo, algunos casos en Sudamérica como los de Paraguay⁷²⁷, Guatemala⁷²⁸, Chile⁷²⁹ y Brasil⁷³⁰. De todas formas, estas reclamaciones no han tenido mucho éxito en la práctica.

⁷²⁷ En los años setenta del siglo XX hubo denuncias de diversas organizaciones que acusaban al gobierno de Paraguay de complicidad en el genocidio del pueblo aché, incluyendo esclavitud, tortura y asesinato en las reservas; retención de alimentos y medicamentos; matanzas fuera de las reservas; separación de los niños de sus familias y destrucción de sus tradiciones culturales. Un representante de la ONG Anti Esclavista Internacional, por ejemplo, demandó una investigación de la ONU al respecto, frente al Subcomité contra la Discriminación de la misma organización. El caso también fue llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1974, la que pidió información al gobierno paraguayo al respecto. Éste no respondió. La Iglesia Católica, por su parte, adoptó una fuerte posición sobre los derechos indígenas, pero el gobierno de Paraguay rechazó los cargos de genocidio. Finalmente, “[a] pesar de la publicidad, la documentación, los pedidos de investigaciones y las varias audiencias realizadas, las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos o los Estados Unidos, el mayor donante financiero de Paraguay, no impusieron sanciones al gobierno paraguayo.” HITCHCOCK, R., T. KOPERSKI y C. FLOWERDAY, “Genocidio y etnocidio de pueblos indígenas...”, p. 50.

⁷²⁸ Entre 1962 y 1996 hubo en Guatemala un conflicto armado interno que implicó graves violaciones sistemáticas a los derechos humanos, especialmente entre 1978 y 1983, bajo las dictaduras de Romeo Lucas García y José Efraín Ríos Montt. En ellas se aplicó la denominada “Doctrina de Seguridad Nacional”, con la cual se aumentaba la intervención militar contra toda persona y organización que se opusiera al régimen, materializadas en crueles masacres con el fin de eliminar a las personas o grupos de personas. Dentro de la categoría de “enemigo interno” estaba el pueblo maya, por poder ser la base social de la guerrilla, por lo que sufrieron desplazamiento forzado, violencia sexual, ejecuciones arbitrarias, torturas (incluso a los niños) y destrucción de sus comunidades.

En 1990 comenzó un proceso de paz en el país y se estableció la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, que desde 1997 conoció numerosas masacres dentro de las que se encuentran aquéllas perpetradas contra poblaciones indígenas. Posteriormente, estos casos también se sometieron a instancias internacionales, calificándose como genocidio.

El año 2002, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) presentó una demanda ante la Corte IDH contra el Estado de Guatemala por las violaciones a los derechos humanos de la comunidad maya de la aldea de Plan de Sánchez, señalando que la masacre en cuestión se encontraba impune y que fue perpetrada en el marco de una política estatal *genocida*. Corte IDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, sentencia de 29 de abril de 2004.

Posteriormente, el 2010 la misma CIDH sometió a la Corte IDH una nueva demanda contra Guatemala por el caso de las masacres de Río Negro, contra población indígena maya, refiriéndose a éstos como actos de *genocidio* y solicitando a la Corte que califique los hechos como “crímenes de lesa humanidad y genocidio”. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012.

En ambos casos, la Corte no se refirió a actos de genocidio propiamente tal debido a que dicho crimen escapa su jurisdicción, pero dejó claro el problema de impunidad en Guatemala con respecto a la violación sistemática de derechos humanos de los mayas, y las consideraciones de la Comisión son bastante explícitas respecto de que constituyen actos genocidas.

⁷²⁹ En Chile, un grupo de historiadores comenzó una campaña por el reconocimiento del genocidio del pueblo selknam (u onas) por parte del Estado y el inicio de su reparación histórica. Esta comunidad habitaba en Tierra del Fuego, y en la segunda mitad del siglo XIX y a comienzos del XX prácticamente se les exterminó, a causa de los intereses ganaderos de colonos chilenos, británicos y argentinos en la zona, en una lucha por la ocupación del territorio. Su última representante murió en los años setenta, y hoy sólo quedan algunos pocos descendientes mestizos. El año 2016 ingresó a la Cámara de Diputados una moción legislativa que reconoce el genocidio contra las etnias selknam, aónikenk, yagán y kawésqá (todos, pueblos de la Patagonia chilena), pero se mantiene en trámite en la actualidad, sin que se le dé demasiada urgencia.

4.2.2 CONVENCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

Nuevamente al igual que las minorías nacionales, los pueblos indígenas pueden apelar a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, básicamente por las mismas causas. Al igual que otros tratados sobre derechos humanos, éste no menciona específicamente a los grupos indígenas ni a sus miembros. Sin embargo, el principio de no-discriminación que se establece en el Convenio, y que prevalece en todos los otros instrumentos internacionales de derechos humanos, presenta implicaciones particulares en favor de los pueblos indígenas.

En este sentido, cabe mencionar que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que promueve la aplicación del CERD, adoptó la Recomendación General nº 23 en 1997⁷³¹, en la que identifica a los pueblos indígenas como víctimas de una discriminación que ha amenazado su cultura e identidad. Por lo tanto, reafirma que las disposiciones del Convenio también se les aplican a ellos, y llama a los Estados a adoptar medidas especiales que protejan los derechos de sus pueblos indígenas, incluyendo la devolución de sus tierras tradicionales.

En casos particulares, el CERD ha mostrado preocupación por el reconocimiento de los derechos de tierras tradicionales en las enmiendas de la legislación australiana – que consideró discriminatorias en contra de los poseedores indígenas de “títulos nativos”⁷³²–, así como por la situación del pueblo *Western Shoshone* y de otros pueblos indígenas bajo jurisdicción de Estados Unidos, que a su juicio estaban siendo tratados como “naciones domésticas dependientes” sujetas a su pleno poder y custodia.⁷³³

4.2.3 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Como ya se ha dicho, los dos Pactos de 1966 prohíben la discriminación basada en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas, el origen social o nacional, la propiedad o el nacimiento. Por lo tanto, pueden ser invocados por los indígenas que sean víctimas de actos discriminatorios, y así como las minorías nacionales, encuentran en el artículo 27 del PIDCP la única norma que les atañe directamente, pues hace referencia a las minorías étnicas. Recordamos aquí las mismas deficiencias que este instrumento presenta para las demandas de las minorías nacionales, principalmente debido a su redacción bastante ambigua. En primer lugar, no se determina qué conjunto constituye una minoría, dejando ese aspecto a criterio de cada Estado, que puede negar la existencia de estos grupos fácilmente. Como ocurre con otros grupos, los gobiernos

⁷³⁰ A lo largo de la historia han sido numerosos los pueblos indígenas del Amazonas que han sido destruidos en Brasil, presentándose denuncias de genocidio de ellos por representantes indígenas ante la CIDH y ante Naciones Unidas, incluso recientemente. De hecho, el año 2016, en su último informe sobre su visita a Brasil (A/HRC/33/42/Add.1), la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz, señaló que uno de los asuntos de grave preocupación es el número de ataques contra pueblos indígenas que se han informado y documentado, el cual incluso parece haber aumentado en los últimos años. El documento destaca la cantidad de muertes en el estado de Mato Grosso do Sul, y afirma que los ataques y asesinatos son frecuentemente represalias por la reocupación de tierras ancestrales por parte de los indígenas, después de largas tardanzas en los procesos de demarcación territorial.

⁷³¹ CERD, Recomendación General nº 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, de 22 de agosto de 1997, párr. 248.

⁷³² CERD, Decisión 2 (54) sobre Australia, A/54/18, de 18 marzo de 1999.

⁷³³ CERD, Observaciones sobre Estados Unidos de América, A/56/18, de 13 de agosto de 2001, párr. 400.

latinoamericanos nunca han reconocido a los pueblos indígenas como “minorías”, por ejemplo. Además, el carácter netamente individualista del artículo 27 hace que no se reconozcan derechos colectivos a las minorías como tales, sino sólo a los individuos que las componen. Por último, el lenguaje utilizado en el Pacto es negativo, sin llegar a afirmar los derechos, sino sólo diciendo que “no se negarán”.

De todas formas, cabe mencionar que las cuestiones indígenas han sido analizadas en las observaciones finales que el Comité de Derechos Humanos ha realizado a los informes que cada Estado le presenta para informar acerca de su cumplimiento de las disposiciones del PIDCP.⁷³⁴

4.2.4 GRUPO DE TRABAJO SOBRE POBLACIONES INDÍGENAS

En los años 80, debido principalmente a la presión que pusieron los mismos pueblos indígenas, comenzó a dárseles mayor atención, destacando la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (en adelante, GTPI) en 1982 por parte de la Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías del Consejo Económico y Social de la ONU (en adelante, ECOSOC), a través de la Resolución 1982/34 de este último.

El órgano se compone de expertos independientes que no actúan como representantes gubernamentales, y ha pasado a ser un foro muy importante para el intercambio de información y de opiniones entre diversas entidades interesadas en estos asuntos, incluyendo a pueblos indígenas, ONGs y gobiernos. En él se originan muchos de los progresos que se han logrado en la materia, y de hecho es donde se redactó el primer borrador de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas. Esto último, debido a que su mandato no sólo le ordena examinar acontecimientos relativos a los derechos humanos de los pueblos indígenas, sino también atender a la evolución de las normas al respecto. En este sentido, es el único instrumento específico del tema, que puede recomendar la elaboración de nuevas disposiciones. En esto último, además, cabe destacar que pueden participar los mismos pueblos indígenas, pues las sesiones del Grupo están abiertas a su intervención sin necesidad de que tengan estatus ECOSOC.⁷³⁵ Así es como en ese borrador de la Declaración tomaron parte diversos actores que trataron de modo multilateral el contenido de las normas y derechos que se acordarían. Por lo tanto, estas sesiones sirvieron en gran medida a los representantes indígenas también para establecer redes de contacto y alianzas con diversos actores del sistema y de la sociedad

⁷³⁴ Así, por ejemplo, en las observaciones finales que hizo al último informe presentado por Chile al respecto, dedica un apartado a los pueblos indígenas dentro de los principales motivos de preocupación y las recomendaciones que en dichas observaciones presenta (punto 10 del documento). Destacan dentro de estos elementos, la falta de un mecanismo efectivo de consulta de acuerdo con el artículo 27 del Pacto, así como la ausencia de una garantía real del derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, CCPR/C/CHL/CO/6, 13 de agosto de 2014, pp. 3-4.

⁷³⁵ El ECOSOC otorga estatus consultivo a distintas organizaciones no gubernamentales, lo que implica su derecho a participar dentro de un proceso de consulta en una organización internacional. Esta facultad no les da derecho a voto ni les convierten en miembros observadores, pero sí les da derecho a la consulta. Este tipo de participación no debe desestimarse, por cuanto permite a las ONGs manifestar sus ideas y opiniones acerca de los asuntos tratados en las reuniones y conferencias internacionales.

civil.⁷³⁶ Esto, además de proporcionarles un espacio al más alto nivel, donde pudieran plantear sus demandas, necesidades e inquietudes.

Por otro lado, los informes y documentos que ha presentado el GTPI acerca de los derechos indígenas han resultado muy relevantes para estas comunidades, como bien muestra el que la presidenta-relatora del órgano, Erica-Irene DAES, elaboró en torno al concepto de “pueblos indígenas”, modernizando la definición que antes planteara MARTÍNEZ COBO.⁷³⁷ Finalmente, debe mencionarse también el trabajo del GTPI en la organización de seminarios de expertos y talleres donde se debate acerca de asuntos particulares que atañen a los pueblos indígenas.⁷³⁸

La importancia de este órgano puede apreciarse en el hecho que, aunque formalmente los Estados no tienen la obligación de enviarle informes, en la práctica la gran mayoría de los americanos y los que cuentan con poblaciones indígenas significativas –Australia y Nueva Zelanda, por ejemplo– lo hacen periódicamente. Probablemente esto se deba también al temor a que las deficiencias estatales en el tema ocupen demasiado espacio en las actas de las sesiones del Grupo.⁷³⁹

No obstante, hay que recordar que es sólo hasta este punto donde puede actuar el órgano, y su influencia se limita a constituir un espacio oficial de altísimo nivel donde los pueblos indígenas pueden manifestar sus intereses. No tiene la capacidad de actuar de otra manera ante las muchas denuncias de violaciones de derechos de estas comunidades que se presentan ante él, ni de investigar al respecto, aunque éstas ciertamente impulsan una respuesta pública de los gobiernos implicados en ellas.

De todos modos, la creación del GTPI representó un punto de inflexión en el asunto, por cuanto marcó el comienzo de la preocupación internacional específica acerca de los pueblos indígenas. A partir de entonces, y especialmente en los años '90 del siglo XX, la ONU fue diseñando un sistema de procedimientos e instrumentos dedicados de manera especial a su protección. Así, después de diez años, éstos lograron captar el interés de la comunidad internacional y llevaron a que la AGNU declarara 1993 como “Año Internacional para las Poblaciones Indígenas del Mundo”; luego el Decenio Internacional sobre lo mismo (de 1995 al 2004), con el establecimiento del Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas, al que ya nos referiremos a continuación, y finalmente el Segundo Decenio Internacional entre el 2005 y el 2014. A través de esto, los Estados adquieren el compromiso de luchar contra los peores males que aquejan a las comunidades nativas, como la discriminación, la exclusión y la precariedad en sus condiciones de vida.

Además, desde entonces ha habido una “reformulación del contenido de los principios de los derechos humanos generales y de sus implicaciones en este contexto. Y, sobre la base de este nuevo entendimiento, existe un nuevo conjunto de normas internacionales, todavía en desarrollo, relativas a los pueblos indígenas.”⁷⁴⁰ Este sistema se compone de instrumentos específicos sobre el asunto, así como de otros más generales

⁷³⁶ BORRAZ, Patricia, “Después de la Declaración: perspectivas en la participación indígena en las Naciones Unidas”, en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 287-321, p. 294.

⁷³⁷ DAES, E.-I., Documento de trabajo sobre el concepto de “pueblos indígenas”, *op. cit.*

⁷³⁸ BURGER, Julián y David MARTÍN CASTRO, “Pueblos indígenas en Naciones Unidas. Mecanismos de protección, agencias e instancias”, en Mikel BERRAONDO, *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 109-131.

⁷³⁹ ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, *op. cit.*, p. 292.

⁷⁴⁰ ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, *op. cit.*, p. 96.

que se vinculan a él de un modo indirecto. En este sentido, cabe destacar que la protección que brinda el Derecho Internacional a estas comunidades no se basa únicamente en acuerdos específicos dirigidos a ellas, pues en muchas convenciones de los últimos años se establece una mención explícita a los pueblos indígenas. Es lo que ocurre, por ejemplo, dentro del ámbito de la protección del medio ambiente, donde se pueden ver avances en relación con los pueblos indígenas. Por ejemplo, en su artículo 8.j el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 obliga a los Estados parte a respetar y preservar los conocimientos y las prácticas tradicionales de las comunidades nativas, que sean pertinentes para la conservación de la biodiversidad, promoviendo su uso con la participación de sus miembros. De la misma manera, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático –también de 1992– motivó acuerdos sobre reducción de emisiones derivadas de la deforestación y degradación.⁷⁴¹

4.2.5 FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS

El año 2000 se estableció el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (en adelante, FPCI)⁷⁴², con la principal tarea de asesorar al ECOSOC en los asuntos indígenas que surgieran en relación con el desarrollo económico y social, el medio ambiente, la salud, la educación, la cultura y los derechos humanos. Esta decisión histórica “responde a la falta patente de un mecanismo permanente en las Naciones Unidas que permita la coordinación e intercambios de informaciones permanentes entre los gobiernos, las Naciones Unidas y los pueblos indígenas.”⁷⁴³

El Foro se compone de 16 expertos independientes, la mitad nombrados por autoridades estatales y la otra mitad por el presidente del ECOSOC. Además, en sus sesiones participan también representantes indígenas, gubernamentales y miembros de diversas agencias de la ONU.

Tras las sesiones de trabajo, el FPCI elabora recomendaciones a la ONU, a los Estados e incluso también a los mismos pueblos indígenas. Como es sabido, éstas no son obligatorias, por lo que en general puede decirse que las sesiones del Foro constituyen básicamente “un lugar de reunión y concertación fundamental entre los pueblos indígenas, agencias de desarrollo y las agencias de Naciones Unidas.”⁷⁴⁴

Fuera de estas sesiones, el FPCI realiza distintos talleres y seminarios de expertos que constituyen espacios para estudiar asuntos significativos para los pueblos indígenas, siendo muchas veces un aporte importante para el desarrollo normativo y conceptual de la protección de los derechos indígenas.

4.2.6 RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS INDÍGENAS

Por otra parte, la Comisión de Derechos Humanos (disuelta más adelante, al crearse el Consejo de Derechos Humanos el 2006), estableció en 2001 la figura del Relator

⁷⁴¹ FERNÁNDEZ CARRILLO, Beatriz, “Los pueblos indígenas y el sistema de Naciones Unidas: perspectivas de cambio”, en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 65-89, p. 71.

⁷⁴² CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS, Resolución 2000/22, de 28 de julio de 2000, “Establecimiento de un foro permanente para las cuestiones indígenas.”

⁷⁴³ GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas...*, *op. cit.*, p. 46.

⁷⁴⁴ BURGER, J. y D. MARTÍN CASTRO, “Pueblos indígenas en Naciones Unidas...”, *op. cit.*, p. 120.

Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas⁷⁴⁵, designando a Rodolfo STAVENHAGEN como tal. Entre sus tareas se encuentra organizar seminarios de expertos y mantener relaciones con organizaciones indígenas, pero quizás su principal aporte surge de sus visitas a países con población indígena, a partir de las cuales informa a la CDH acerca de las circunstancias en que viven estas comunidades en cada Estado.

El Relator Especial también recibe comunicaciones por parte de ONGs, organizaciones internacionales y organizaciones indígenas, con respecto a violaciones de derechos humanos de los pueblos indígenas. Después de analizar cada situación en base a la mayor cantidad de información posible, el Relator puede enviar una petición urgente si hay peligro inminente de violación de derechos humanos de los pueblos indígenas o sus miembros, o una carta de alegación a un gobierno si se trata de algo menos urgente.

4.2.7 DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El único instrumento dedicado específicamente a los pueblos indígenas en el Derecho Internacional, lo constituye la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en septiembre del 2007, que establece los estándares mínimos para la supervivencia, el bienestar y la dignidad de estos grupos.

Dada la participación de la comunidad indígena en los debates y negociaciones al respecto, el documento cuenta con el respaldo de los propios titulares de los derechos que en ella se enuncian. En cuanto a la posición de los Estados al respecto, es cierto que en las negociaciones hubo cuatro gobiernos que manifestaron una fuerte oposición a su adopción: Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda –todos antiguos miembros del Imperio Británico, de lengua inglesa y población mayoritariamente blanca, pero con una importante población indígena dentro de sus respectivas fronteras–. Cada uno tenía sus reservas particulares acerca de ciertos aspectos del borrador, pero finalmente todos cambiaron de parecer y se adhirieron a la Declaración, lo que implicó un apoyo unánime a la misma.

Para FERNÁNDEZ CARRILLO este instrumento tiene un valor importantísimo, pues significa el primer paso para un avance esencial en la protección de los derechos indígenas, ya que con su adopción se reconoce de manera universal la identidad y entidad de los pueblos indígenas, sus derechos particulares y las graves violaciones de derechos humanos que sufren por su condición de tales.⁷⁴⁶ En este sentido, el documento prepara el camino para una protección eficaz de sus derechos, pues los codifica en un instrumento ampliamente aceptado por los Estados. De ese modo, queda listo el escenario para pasar a la puesta en práctica de esos derechos.⁷⁴⁷

Además, un aspecto bastante destacable es el enfoque colectivo que se puede desprender de su redacción, pues muchas de sus disposiciones establecen que “los pueblos indígenas” –y no “sus miembros” solamente– tienen derecho a las distintas garantías reconocidas. Esto puede ser especialmente relevante en determinados asuntos, influyendo en la interpretación de ciertos derechos. Así, por ejemplo, con respecto al

⁷⁴⁵ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Resolución 2001/57, de 24 de abril de 2001, “Derechos humanos y cuestiones indígenas.”

⁷⁴⁶ FERNÁNDEZ CARRILLO, B., “Los pueblos indígenas y el sistema de Naciones Unidas...”, *op. cit.*, p. 65.

⁷⁴⁷ BORRAZ, P., “Después de la Declaración...”, *op. cit.*, pp. 308-309.

derecho de la propiedad de la tierra, tema crucial en las reclamaciones indígenas. Al respecto, el artículo 26 de la Declaración señala lo siguiente:

“1. *Los pueblos indígenas* tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

2. *Los pueblos indígenas* tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.” (Énfasis añadido.)

Como se puede apreciar, el lenguaje utilizado en la Declaración recoge una conceptualización bastante avanzada de acuerdo a los desarrollos en la protección internacional de los derechos indígenas, refiriéndose a derechos colectivos pues reconoce a las mismas comunidades como titulares de los derechos, así como mencionar sus derechos a los *territorios*, que sigue una concepción amplia del mismo entendiéndolo no sólo como la tierra sino como el hábitat en el cual se desarrolla su cultura. El vocablo lo utilizó en un principio la OIT en su Convenio nº 169 y luego lo ha desarrollado la jurisprudencia interamericana, dando mayor garantía a su respeto; sobre esto volveremos más adelante, cuando sea oportuno analizarlo en los apartados correspondientes.

Por otro lado, la Declaración ha significado un impulso a clarificar las situaciones especiales de los pueblos indígenas en la aplicación de los convenios de derechos humanos de Naciones Unidas. Así, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales han señalado a los Estados que es necesario el consentimiento de estas comunidades al tratar la aplicación de proyectos de industrias extractivas.⁷⁴⁸

No obstante, FERNÁNDEZ CARRILLO también muestra cierta preocupación porque la Declaración aún no ha ganado tanta atención en las Agencias de Naciones Unidas, las cuales tienen mayor repercusión en su aplicación (muchas de ellas son parte del Grupo de Desarrollo de la ONU⁷⁴⁹, y deben brindar asistencia técnica a los diversos Estados con respecto a las políticas de la organización).⁷⁵⁰

Sin duda la Declaración muestra un avance significativo en la protección de los derechos de estos colectivos, pero –igual que en el caso de las minorías nacionales– hay

⁷⁴⁸ WHITMORE, A., “Los pueblos indígenas y las industrias extractivas”, *op. cit.*, p. 223.

⁷⁴⁹ El Grupo de Desarrollo de la ONU (UNDG) engloba a 32 Fondos, Programas, Agencias, Departamentos y Oficinas que trabajan en el área del desarrollo, para dar apoyo coherente, efectivo y eficiente a los países en pos de objetivos de desarrollo acordados internacionalmente. Entre sus integrantes están el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), la UNICEF, la OIT, el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la UNESCO, ONU Mujer, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DAES) o la Organización Mundial de la Salud (OMS). De los 32 miembros del Grupo, 16 también pertenecen al Grupo Inter-Agencias de Apoyo al Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.

⁷⁵⁰ FERNÁNDEZ CARRILLO, B., “Los pueblos indígenas y el sistema de Naciones Unidas...”, *op. cit.*, pp. 66-67.

que recordar que se trata sólo de un documento perteneciente al *soft law*, que no es legalmente vinculante para los Estados que la suscriban. Por esto mismo, no ha podido traer por sí sola los cambios de fondo que debería traer su puesta en práctica, cuya efectividad depende también de la definición del contenido concreto de sus provisiones, normas y medidas.

4.2.8 EL MECANISMO DE EXPERTOS

Unos meses después de aprobada la Declaración, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas creó el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con el fin de ser asesorado sobre el tema mediante la realización de estudios e investigación *ad hoc*. En un comienzo causó cierto rechazo en las mismas comunidades que pretendía proteger, principalmente debido a que su mandato resultaba muy limitado. De todos modos, hay quienes afirman que este órgano puede cumplir un rol muy significativo en estos asuntos si se le interpreta desde una perspectiva inclusiva.⁷⁵¹ De hecho, en la práctica ha mostrado tener un margen de maniobra bastante más significativo de lo que se esperaba, lo cual también se explica por la alta presencia de expertos indígenas en su composición. Cuando el Consejo de Derechos Humanos nombra a sus cinco miembros, considera para ello aspectos como la representación geográfica, el equilibrio de género y precisamente el origen indígena de los expertos. Además hay que tomar en consideración la amplia participación de los Estados en sus reuniones, lo cual le ha dado una significativa legitimidad.

El Mecanismo de Expertos se reúne de manera anual, pero funciona permanentemente, y no sólo por una solicitud determinada. Ahora bien, cabe recordar que, al ser un órgano consultivo, su labor se reduce a hacer comentarios y recomendaciones, pero no tiene la facultad para aprobar resoluciones, por ejemplo. De todos modos, la entidad no se ha dedicado solamente a informar acerca de los problemas que enfrentan los indígenas, sino sobre todo a plantearle al Consejo de Derechos Humanos ciertas propuestas y medidas que considera oportuno tomar, siguiendo un enfoque mucho más práctico.

4.2.9 OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Además de los instrumentos señalados, otros organismos convencionales de Naciones Unidas dedicados a otros asuntos, también prestan atención a cuestiones indígenas, por lo que merecen también una mención al respecto.

El Comité de los Derechos del Niño, por ejemplo, supervisa el cumplimiento de los Estados de las obligaciones que han adquirido al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres protocolos facultativos.⁷⁵² Esta tarea la realiza a través del

⁷⁵¹ PARRA, José y David MARTÍN, “El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: desafíos y oportunidades”, en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 91-111, pp. 91-97.

⁷⁵² Los dos primeros protocolos facultativos de la Convención se firmaron el año 2000, uno relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y otro sobre la participación de niños en los conflictos armados (ambos, mediante la Resolución de la AGNU A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000). El 2012 se firmó el tercero, respecto del procedimiento de comunicaciones (AGNU, Resolución A/RES/66/138, de 19 de diciembre de 2011).

examen de los informes periódicos que recibe de los Estados, a partir del cual el Comité envía sus preocupaciones y recomendaciones al Estado en sus “observaciones finales”. En ellas, el Comité muchas veces presta atención a la situación de los derechos de los niños indígenas⁷⁵³, considerando que la Convención –ratificada por casi todos los Estados del mundo– afirma que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará, a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena, el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma” (artículo 30).

Además de lo anterior, el Comité de los Derechos del Niño también publica observaciones generales sobre asuntos determinados, en las que manifiesta su interpretación acerca del contenido de las disposiciones de derechos humanos, y el año 2009 dedicó precisamente a los niños indígenas una de las dos observaciones generales que publicó.⁷⁵⁴

Por otro lado, la situación de los pueblos indígenas ha recibido atención por parte de otros órganos de Naciones Unidas, aunque de forma menos sistemática. Es el caso del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

También cabe recordar que el Comité sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (creado en virtud de la Convención Internacional del mismo nombre) puede igualmente estudiar los asuntos de los migrantes indígenas. Pueden mencionarse dos referencias que ha hecho al respecto en los informes anuales que presenta desde el 2004. En primer lugar, el año 2006 el Comité examinó el informe inicial de México, tras el cual estableció dentro de sus principales motivos de preocupación, las distintas formas de discriminación que sufren los trabajadores migratorios y sus familiares en el ámbito laboral y de estigmatización en el ámbito social. Particularmente destaca la situación de los migrantes indígenas y las mujeres migrantes que padecen de una doble discriminación especialmente en el ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales, y son más vulnerables frente a violaciones y abusos.⁷⁵⁵ Posteriormente, en respuesta al informe inicial de Bolivia, el 2008 el Comité observó que el 60% de su población indígena se ha ido al extranjero, situación que le preocupa debido a las posibles consecuencias de estos movimientos de población en masa, considerando que los migrantes indígenas suelen encontrarse en situación de vulnerabilidad.⁷⁵⁶

⁷⁵³ En los últimos dos años, por ejemplo, la mayoría de las observaciones del Comité a los informes periódicos de los Estados latinoamericanos se refirieron a este asunto. Así, por ejemplo, en las observaciones realizadas el año 2016 al informe de Perú, pueden identificarse menciones especiales a los niños indígenas dentro de casi todos los temas mencionados; y las observaciones a los informes de Brasil, Chile, Colombia y Honduras del año 2015, además de incluir esas menciones, incluyen un apartado especial dedicado niños pertenecientes a minorías o grupos indígenas dentro de sus referencias a las medidas especiales de protección (en el caso chileno, especialmente para los niños *mapuche*).

⁷⁵⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General nº 11, CRC/C/GC/11, de 12 de febrero de 2009, “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.”

⁷⁵⁵ COMITÉ SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, Informe Anual sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, A/62/48, 1 de agosto de 2007.

⁷⁵⁶ COMITÉ SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, Informe Anual sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, A/63/48(SUPP), 1 de enero de 2008.

Debe mencionarse también el Convenio sobre Diversidad Biológica de Naciones Unidas de 1992, que en su artículo 8 señala que los Estados parte deben respetar y mantener los conocimientos y las prácticas de las comunidades indígenas.⁷⁵⁷ Si bien es una pequeña mención dentro de un tema específico, se trata de un documento vinculante con aceptación bastante amplia (en la actualidad tiene 196 Estados miembro).

Finalmente, merece un espacio el Programa 21, plan de acción basado en dos documentos firmados también en 1992 por los representantes de los Estados asistentes a la Cumbre de Río: la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y la Declaración de Principios para la Gestión Sostenible de los Bosques. Si bien es solamente un instrumento programático, en su capítulo 26 reconoce el vínculo histórico entre los indígenas y sus tierras, demanda el fortalecimiento de su participación en el diseño de políticas de conservación y afirma que se les debe otorgar mayor control sobre sus tierras, autogestión de sus recursos y participación en la toma de decisiones sobre asuntos que les afecten, incluyendo la administración de áreas protegidas.⁷⁵⁸

4.3 El Convenio nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo

4.3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ASPECTOS GENERALES

Mención aparte merece el trabajo que la OIT ha realizado en relación con la protección de los pueblos indígenas, pues si bien no es una organización dedicada particularmente a estos asuntos, ha elaborado documentos de gran trascendencia para estas comunidades, influyendo en buena medida en el desarrollo posterior de la legislación internacional al respecto.

La OIT es un organismo especializado de Naciones Unidas, creado en 1919, único dentro de la organización con una estructura tripartita: está formada por los Estados Miembros (que son 187), una delegación de patrones o empleadores y representantes de los trabajadores (sindicatos). Su máxima autoridad es la Conferencia Internacional del Trabajo, que se compone de dos delegados de cada país miembro: un representante de los trabajadores y otro de los empleadores. Como su nombre indica, sus funciones se enmarcan dentro de la elaboración de políticas, programas y normas en el ámbito del trabajo y las relaciones laborales, con el fin de promover el trabajo decente de todas las personas.

⁷⁵⁷ Literalmente, el Convenio afirma que cada parte contratante “[c]on arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”. ONU, Convenio sobre la Diversidad Biológica, 5 de junio de 1992, artículo 8.j.

⁷⁵⁸ ONU, *Programa 21*, aprobado en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (UNCED), en Río de Janeiro (Brasil), entre el 3 y el 14 de junio de 1992. Capítulo 26: “Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades.” Disponible en www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter26.htm [última visita: 27 de octubre de 2017].

Pues bien, dedicada a estas labores, desde los años '20 comenzó a preocuparse por el mundo rural, poniendo en evidencia que en el campo había fenómenos sociales similares a los campesinos, pero con ciertas diferencias significativas. A partir de eso publicó en 1953 un estudio titulado "Poblaciones indígenas: condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas"⁷⁵⁹, que sirvió de base para el Convenio nº 107 firmado cuatro años más tarde, dedicado a las poblaciones indígenas y tribales. De ese modo, la entidad aportó con el primer instrumento internacional que trataba estos asuntos de manera íntegra, desde una perspectiva mundial, y estableciendo los primeros estándares jurídicos internacionales en el tema, con lo que daba comienzo al Derecho Internacional de los pueblos indígenas propiamente tal.

Además, en las conferencias americanas de trabajo, que trataban temas de política social y laboral en la región, se identificaron varios problemas en esos ámbitos como el "problema indígena". Ante esto, el movimiento indigenista americano planteó la necesidad de adoptar medidas en pos de la integración, y fue esa la perspectiva que tomó la OIT para redactar dicho instrumento.⁷⁶⁰ Debido a esto, el Convenio nº 107 perseguía como principal objetivo mejorar las condiciones socioeconómicas concretas de los pueblos indígenas, aunque siempre desde una mirada individualista, es decir, en función de los sujetos concretos que conforman los pueblos indígenas. El modelo que planteaba el organismo se basaba en la premisa de que los pueblos indígenas eran atrasados y que debían integrarse a la civilización para alcanzar el desarrollo. En base a esto, puede decirse que en realidad la OIT no se preocupaba en ese momento por la pervivencia de estos grupos como tales. Lo que la organización pretendía, en una visión muy paternalista, era "integrarlos" en la sociedad nacional para que se beneficiaran "plenamente de los derechos y de las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población" (Preámbulo del Convenio nº 107). Esta integración implicaba, por tanto, su asimilación cultural. Guardando las diferencias, recordemos que era esta última la política que históricamente se siguió en España con respecto a los gitanos. La visión que sustenta esta postura es la que tiene la cultura occidental europea como superior, debiendo eliminarse cualquier otra en pos de la homogeneidad cultural y el progreso de cada Estado.

Pues bien, este "modelo integracionista" que planteaba la OIT fue el que guió las prácticas políticas y jurídicas en torno al problema indígena por más de veinte años. Sin embargo, ya los años '60 los movimientos de derechos indígenas comenzaron a mostrar disconformidad hacia ese enfoque, planteando ciertas "demandas de supervivencia" como comunidades, recalcando su diferencia cultural y exigiendo instituciones políticas y títulos históricos sobre lo que consideraban sus tierras. Estos esfuerzos fueron aumentando la década siguiente y comenzaron a recibir apoyo de ONGs y de élites intelectuales influyentes a través de una importante producción académica al respecto.⁷⁶¹

Por otro lado, las demandas indígenas fueron ganando espacio en el Derecho Internacional también a través de la ONU, dentro del contexto de la Segunda Década Internacional contra el Racismo. Dentro de esto cabe destacar, por un lado, la Resolución de la Comisión de DDHH de 1971, que llamó a hacer un estudio sobre la discriminación contra las comunidades indígenas, (el Informe MARTÍNEZ COBO, al cual ya nos hemos

⁷⁵⁹ OIT, *Indigenous peoples: living and working conditions of aboriginal populations in independent countries*, OIT, Ginebra, 1953.

⁷⁶⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis, "La OIT y los pueblos indígenas: una introducción histórica", en José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES e Ignacio ZARAGOZA ÁNGELE (coords.), *Pueblos indígenas y tribales: respeto, participación y consulta*, Plaza y Valdés, México DF, 2008, pp. 105-132, pp. 114-115.

⁷⁶¹ ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., pp. 92-93.

referido), y por otro, la creación del GTPI y su elaboración del Proyecto de Declaración que, como se ha dicho antes, incorporaba las principales demandas de las organizaciones indígenas que participaron en dicho foro. Ambos acontecimientos marcan el ingreso del asunto indígena en la agenda de Naciones Unidas, con lo que comenzaron a surgir críticas hacia el integracionismo asimilacionista. Además RODRÍGUEZ-PIÑERO apunta que la OIT comenzó a temer una pérdida de influencia en las cuestiones indígenas, dadas las actividades del Grupo de Trabajo.⁷⁶²

Esos factores llevaron a que en 1985 la OIT convocara a una reunión de expertos para revisar el Convenio. En ella se estableció que debían considerarse las aspiraciones y necesidades indígenas en el instrumento, aunque sin dejar de ser realistas, para que pudiera obtener la ratificación de un número significativo de Estados.⁷⁶³ Así se firmó el Convenio nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes en 1989, ratificado hasta ahora por 22 Estados, que hoy constituye el único instrumento jurídico obligatorio dedicado íntegramente a los pueblos indígenas.

Recogiendo las recomendaciones del comité de expertos que evaluó el Convenio nº 107, al redactar el Convenio nº 169 se consideró necesario cambiar el enfoque que seguían las normas del instrumento predecesor, pasando de la asimilación hacia la participación de los pueblos indígenas y tribales, con miras a la protección de sus derechos y la mejora de sus condiciones de vida. Esta nueva perspectiva puede apreciarse en el preámbulo del documento, el cual muestra que su idea básica se fundamenta en el reconocimiento de “las aspiraciones de estos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”. Siguiendo este propósito, el nuevo instrumento eliminó la palabra “integración” de su título, marcando así la diferencia en la orientación del texto con el del Convenio nº 107.

4.3.2 EL CONCEPTO DE PUEBLO INDÍGENA EN EL CONVENIO Nº 169 DE LA OIT

Como se ha visto que sucede con el reconocimiento de derechos de las minorías nacionales, el tema de las definiciones de los tipos de grupo a los que se pretende proteger es bastante conflictivo y produce muchas tensiones, debido a la reticencia de los Estados frente a colectividades que puedan minar su soberanía. En este contexto, cabe destacar que el Convenio nº 169 sí utiliza el término “pueblos” en su primer artículo, lo que implica una de sus contribuciones más significativas, considerando que el Convenio nº 107 se refería solamente a “poblaciones” indígenas. No obstante, para sortear las complicaciones que esto puede acarrear en términos políticos aclara que “[l]a utilización del término *pueblos* en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho Internacional” (artículo 1.3). Al respecto, SOBERO y CALDUCH señalan que esta limitación contradice abiertamente otros instrumentos de Derecho Internacional aprobados por la ONU, y que “es de lamentar que figure en el único texto legal internacional y, en caso de ratificación, vinculante, dedicado hasta ahora a los pueblos

⁷⁶² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO L., “La OIT y los pueblos indígenas: una introducción histórica”, *op. cit.*, pp. 125-126.

⁷⁶³ SOBERO, Y., y R. CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, *op. cit.*, p. 18.

indígenas y sus derechos.⁷⁶⁴ Esto, por cuanto implica que no se reconoce el derecho a la autonomía y libre determinación a los pueblos indígenas, a diferencia de lo que establecen el PIDCP y el PIDESC.

De todos modos, también cabe reconocer otro aporte relevante del Convenio en cuanto a aspectos terminológicos: la inclusión del elemento de la autoconciencia o autoidentificación como criterio definitorio, pues en su artículo 1.2 recuerda que “[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.”

4.3.3 LOS DERECHOS PROTEGIDOS POR EL CONVENIO

En cuanto al contenido mismo del Convenio nº 169, cabe destacar que reconoce tanto derechos individuales como colectivos, y de carácter político y territorial. En particular, merecen especial consideración el derecho a la consulta, a la tierra y al territorio, así como las disposiciones relativas a la justicia estatal y a la tradicional de los pueblos.

Ya se ha mencionado la importancia de la participación de los pueblos indígenas, manifestada en el preámbulo del Convenio, pero además pueden señalarse los siguientes derechos políticos que el instrumento reconoce:

- a) Participación y consulta (artículos 2.1⁷⁶⁵ y 6⁷⁶⁶), a través de “procedimientos adecuados”, con el fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos indígenas en cuestión, aunque ninguno de ellos sea estrictamente necesario. A juicio de Magdalena GÓMEZ, esta práctica de la OIT es una especie de “sí pero no” que se asemeja más a un mecanismo diplomático que a una manera de dar certeza jurídica de la participación de las comunidades, pues no da a los pueblos la posibilidad de negarse de manera efectiva y con consecuencias, a un proyecto o actividad que les afecte; hasta que no tengan el derecho a decir “no”, las consultas no son reales ni significativas, ni están acordes a los estándares internacionales en el libre consentimiento informado.⁷⁶⁷

⁷⁶⁴ SOBERO, Y., y R. CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 28.

⁷⁶⁵ “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.”

⁷⁶⁶ “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

⁷⁶⁷ GÓMEZ, Magdalena, “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, en Mikel BERRAONDO, *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 133-151, p. 149.

- b) Autogestión y autogobierno: el artículo 7.1 afirma el derecho de los pueblos indígenas a controlar su desarrollo económico, social y cultural –“en la medida de lo posible”, nuevamente– y a participar en los proyectos de desarrollo nacional y regional que les afecten; el artículo 8.2, por otra parte, les garantiza el derecho a conservar sus costumbres e instituciones, siempre en compatibilidad con los derechos fundamentales.
- c) Establece que los gobiernos deben dar medios y apoyo para que los pueblos indígenas asuman progresivamente el control en ámbitos como la formación profesional, técnicas tradicionales y artesanías, salud y educación (artículos 22, 23, 25 y 27).

Por otro lado, los derechos territoriales se encuentran en la segunda parte del Convenio 169, entre los artículos 13 y 19, y constituyen uno de los capítulos más importantes del instrumento. Entre sus disposiciones, destacan las que se enumeran a continuación:

- a) Respeto por la relación que tienen los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, destacando en especial los aspectos colectivos de esto (artículo 13.1).
- b) Agrega al concepto “tierras indígenas” el de “territorio”, que es más amplio ya que abarca la “totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera” (artículo 13.2). Es decir, comprende no sólo la tierra sino las aguas, el espacio aéreo, el medio ambiente, las lagunas sagradas y los centros ceremoniales, (un reparto de tierras puede llevar a que un lugar donde un pueblo realiza sus rituales quede bajo la propiedad de otras personas, muchas veces no indígenas). Cabe mencionar dentro de esto, que en las discusiones sobre el Convenio algunos Estados miembros hicieron hincapié en diferenciar el concepto de “territorios” con el del territorio nacional en su conjunto, pues de lo contrario se relacionaría con la soberanía nacional y la idea de un Estado independiente. De todos modos, fueron una minoría y ninguno rechazó los principios esenciales del texto.⁷⁶⁸
- c) Propiedad y posesión de las tierras, (artículo 14). Ambos conceptos son ideas occidentales que se introdujeron en el Convenio, que implican derechos privados e individuales que no tienen lugar en la mayoría de las cosmovisiones indígenas. Para estos pueblos la idea de la propiedad privada de la tierra no tiene mucho sentido, pues es algo arrogante pensar en poseer de modo individual a lo que consideran la madre eterna, mientras el hombre es mortal y transitorio. Citando al profesor Ian CHAMBERS en una conferencia sobre derechos indígenas en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Madgalena GÓMEZ dice que para los pueblos indígenas la propiedad sobre la tierra “sería como pretender poseer una estrella o el sol”⁷⁶⁹.
- d) Derecho a utilizar sus recursos naturales, que constituye un asunto muy sensible para las comunidades indígenas. El artículo 15 se refiere a esto señalando que éstas tienen derecho a “participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”, y que cuando la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo pertenezca al Estado, los gobiernos deben consultarles antes de realizar un programa de prospección o explotación de ellos, por la posibilidad de que afecten sus intereses. Además, los pueblos indígenas deben participar de los beneficios de esas actividades (“en lo posible”, naturalmente) y ser

⁷⁶⁸ ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., pp. 112-113.

⁷⁶⁹ GÓMEZ, M., “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, op. cit., p. 140.

adecuadamente indemnizados en caso que éstas les provoquen algún daño. Ahora bien, todas estas medidas se aplican de diferentes formas en los distintos Estados, y en esto puede haber ciertos problemas con respecto a los mecanismos que se utilicen para consultar a los pueblos. Éstos tienen el fin de conocer su opinión u obtener su consentimiento acerca de un asunto determinado, para que los gobiernos no tomen medidas unilaterales que les afecten. En este caso, consentimiento significa un principio para la democracia y no un poder sobre otro, conlleva que los Estados no apliquen medidas unilaterales respecto a los derechos y libertades de los pueblos. Sin embargo, para eso podrían, por ejemplo, realizarse simples encuestas, que además de poder estar dirigidas hacia ciertas respuestas, son contrarias al reconocimiento de las formas propias de organización social y política.⁷⁷⁰ No obstante, esta obligación de los Estados también se encuentra establecida en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 32, por lo que se entiende que es parte de la opinión de una mayoría significativa de los Estados.⁷⁷¹

- e) Establece que los pueblos indígenas no deben ser trasladados de las tierras que ocupan, y si es necesario, ello puede hacerse sólo con su consentimiento libre e informado, pues el Estado no puede disponer de las mismas como si fueran su propiedad privada, (artículo 16).

La dimensión colectiva de la protección de los pueblos indígenas por parte del Convenio 169 puede apreciarse principalmente en el mismo derecho de propiedad y de posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, (artículo 14.1), así como en el derecho a decidir sus propias prioridades en relación a su proceso de desarrollo (artículo 7.1).

Por otro lado, entre los artículos 8 y 12 se muestra la especial atención que da el instrumento a las relaciones entre el Derecho consuetudinario indígena y el sistema jurídico estatal. En particular el contenido de estas disposiciones hace referencia a la administración de justicia en ambas esferas, mencionado el derecho que tienen los pueblos indígenas y tribales a conservar su orden normativo interno.

No obstante lo significativo que puede resultar lo anterior, Magdalena GÓMEZ señala algunas limitaciones importantes que presenta el Convenio en el ejercicio de esta facultad que se reconoce a dichas comunidades.⁷⁷²

En primer lugar, lo que establece el artículo 8 es que “[a] aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.” Es decir, no es que se vaya a juzgar *en base a* dichas costumbres sino solamente que se van a *considerar*.

⁷⁷⁰ GÓMEZ, M., “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, *op. cit.*, pp. 141-142.

⁷⁷¹ El artículo 32 de la Declaración afirma lo siguiente: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos e caces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.”

⁷⁷² GÓMEZ, M., “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, *op. cit.*, pp. 138-139.

Además, la citada autora apunta que los pueblos indígenas hablan siempre de su “costumbre” y no de “derecho” ni “justicia”, con el fin de ocultar que lo han practicado efectivamente al margen del derecho oficial de los Estados en que viven. En este sentido, el Convenio deja el derecho indígena en una posición subordinada con respecto al estatal, o como fuente secundaria de éste.

El artículo 9, por su parte, establece el derecho a “conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.” En esta limitación se consideran, entre otros, aquellos casos en los que el derecho consuetudinario indígena pueda significar que ciertos miembros de su población –por ejemplo, las mujeres– en situación de desventaja respecto a los derechos de todo individuo.

Dentro de este aspecto, Magdalena GÓMEZ señala un aspecto que puede resultar conflictivo en la relación entre el derecho indígena y el estatal: el uso de la cárcel, porque en la mayoría de los pueblos indígenas éste es muy escaso y breve. Los sistemas normativos de estas comunidades dan preferencia a lo que el Derecho Nacional llama “reparación del daño”, con el cual se pretende restaurar una relación que se afectó cuando alguien abusó de los derechos de otro. Ciertamente, este tipo de mecanismos han resultado eficaces en los pueblos indígenas, pero el sistema penal nacional establece años de cárcel como sanción a la violación de un derecho, lo que desintegra totalmente de su comunidad a los indígenas, aspecto fundamental para la conservación de su cultura.

Siguiendo con el mismo asunto, el artículo 11 prohíbe la imposición de servicios personales obligatorios, sean remunerados o no. GÓMEZ plantea que dentro de esto podrían caber ciertas normas y prácticas indígenas como el tequio, la faena y la mano vuelta, (los trabajos comunales). El Convenio nº 107 ya incluía esta disposición, por lo que desde entonces se había discutido al respecto, aclarando que en los trabajos prohibidos que se mencionaban no se consideraban aquellos que se realizaban voluntariamente y en beneficio mutuo en una comunidad. El artículo 11, por tanto, se refiere a los trabajos impuestos de manera forzosa. A juicio de la autora, la revisión del Convenio nº 169 debió incluir esta interpretación para eliminar cualquier duda al respecto. En todo caso, el asunto lo aborda la misma OIT en su Convenio sobre el Trabajo Forzoso: su artículo 2 excluye los pequeños trabajos comunales realizados por los miembros de una comunidad de lo que se considera como trabajo forzoso, pues pueden entenderse como obligaciones cívicas normales de sus integrantes.⁷⁷³

4.3.4 MECANISMOS DE APLICACIÓN

En cuanto a la aplicación del Convenio, los mecanismos de control que establece se basan en dos instancias. La primera corresponde a los informes periódicos que los Estados deben enviar al Comité de Expertos de la OIT, integrado por veinte miembros que gozan de reconocimiento en el ámbito internacional. Si un Estado incumple el Convenio, existen en la OIT algunos mecanismos de presión diplomática indirecta: se puede informar la lista de estos Estados en la reunión anual, por ejemplo, o incluirlos en la memoria global de la OIT, lo que ya constituye una sanción.

El segundo procedimiento consiste en el establecimiento de un sistema de reclamaciones por parte de organizaciones de trabajadores o empleadores, por el

⁷⁷³ OIT, *Convenio nº 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio*, de 28 de junio de 1930.

incumplimiento del Convenio por un Estado miembro; también puede un Estado presentar una queja contra otro por lo mismo.⁷⁷⁴ El Consejo de Administración está habilitado para comunicar la reclamación al Estado en cuestión, o nombrar una comisión de encuesta para que estudie el asunto y redacte un informe al respecto, el cual es publicado y comunicado al Consejo de Administración y a los gobiernos involucrados. Cada gobierno interesado puede aceptar o no las recomendaciones del informe, y en caso negativo puede someter la queja a la Corte Internacional de Justicia, cuya decisión es inapelable.

En este procedimiento, por tanto, no se contempla la posibilidad de que las organizaciones indígenas presenten directamente una reclamación. Sin embargo, los miembros de pueblos indígenas pueden unirse a organizaciones de trabajadores y empleadores. De hecho, según la misma OIT, en ciertos casos “han formado organizaciones específicas de trabajadores y de empleadores, o secciones particulares dentro de organizaciones de mayor alcance. En otros casos, los trabajadores y los empleadores han formado alianzas con las organizaciones indígenas, por ejemplo para abordar situaciones de trabajo forzoso.”⁷⁷⁵ Por tanto, aunque las comunidades indígenas se han mostrado críticos con respecto a su exclusión directa del procedimiento, lo cierto es que en la práctica han podido hacer alianzas para presentar informaciones, comentarios y reclamos, especialmente con sindicatos.

4.3.5 LIMITACIONES DEL CONVENIO

A pesar del paso adelante que significó el Convenio en los aspectos mencionados, tras su adopción surgieron algunas críticas de defensores de los derechos indígenas, particularmente con respecto al lenguaje con el que estaba redactado, relativizando los derechos enunciados, al emplear frases como “cuando sea apropiado” o “en lo posible”, por ejemplo. Esto, al no considerarlo suficientemente coactivo y porque las salvaguardas de varias disposiciones constituían una limitación significativa; incluso reclamaban que algunas no pasaban de ser mucho más que simples recomendaciones, y que bajo esos obstáculos estaba siempre presente la idea de la autoridad del estado sobre los pueblos indígenas.⁷⁷⁶ Es, de todos modos, una característica que también hemos podido observar en los instrumentos de protección de las minorías nacionales, como ya se ha indicado anteriormente.

En cuanto al mecanismo de aplicación del Convenio, se critica que descansa principalmente en la presentación de informes por parte de los Estados miembros, lo cual implica una dependencia en su voluntad y en el efecto que la sanción moral de la comunidad internacional pueda tener con respecto a eventuales violaciones de los derechos protegidos. Esto, porque puede suceder que un Estado cumpla formalmente con las normas establecidas en el Convenio, es decir, de acuerdo con informes básicamente administrativos; sin embargo, la realidad concreta puede ser distinta. Por eso puede resultar difícil asegurar el cumplimiento de sus disposiciones.

⁷⁷⁴ OIT, Constitución de la OIT, artículos 24 y ss. Disponible en www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁷⁷⁵ OIT, *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*, OIT, Ginebra, 2013, p. 9.

⁷⁷⁶ ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., p. 99.

Lo anterior, sumado a que este tipo de instrumentos presenta disposiciones programáticas muy generales, hace necesario lograr que los Estados cumplan con su deber de modificar sus legislaciones nacionales e incorporen medidas concretas en pos de la protección de los pueblos indígenas.

De todos modos, no puede negarse la importancia que ha tenido el Convenio nº 169 especialmente en América Latina, pues es referencia esencial cuando se trata del reconocimiento de derechos indígenas, siendo muy utilizado por estos pueblos para plantear sus demandas ante los Estados. Según GÓMEZ DEL PRADO, “ha influenciado profundamente las políticas indigenistas de los países que lo han ratificado.” Así, por ejemplo, Bolivia, México y Perú han modificado sus constituciones incluyendo el reconocimiento del carácter multiétnico de su población y la anterioridad histórica de los pueblos indígenas; Colombia, por otro lado, ha entregado grandes espacios de la selva amazónica a los pueblos indígenas que las habitan, y Noruega ha acelerado las negociaciones que se llevan a cabo con los samis en torno a sus reclamaciones de tenencia de tierras.⁷⁷⁷ Al plantear que en la región existe una nueva tendencia hacia el “constitucionalismo multicultural”, VAN COTT también señala que en esto ha tenido gran influencia la firma del Convenio nº 169 de la OIT, pues los casos de Bolivia, Ecuador, Colombia, Guatemala, México y Paraguay demuestran que su ratificación dio herramientas muy útiles para las organizaciones indígenas para movilizarse en torno al conjunto de derechos contenidos en él y para lograr su codificación a nivel constitucional.⁷⁷⁸

Además, el instrumento se ha convertido en punto de referencia para otros instrumentos internacionales al respecto, como las Declaraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas que se han firmado tanto en el ámbito universal de Naciones Unidas, como en el regional de la OEA.

Por tanto, es posible afirmar con RODRÍGUEZ-PIÑERO, que el Convenio nº 169 de la OIT “ha jugado un papel fundamental no sólo en la articulación del régimen contemporáneo de derechos indígenas, sino, lo que es más importante, en la transformación de los ordenamientos jurídicos e institucionales de los países con población indígena, convirtiéndose en un instrumento que se ha demostrado eficaz para avanzar las demandas de estos pueblos frente a los Estados en que viven.”⁷⁷⁹ En este sentido, su orientación práctica lo ha convertido en un mecanismo moderno y progresivo en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos en general, plasmando en él los nuevos principios que fundan el orden jurídico internacional contemporáneo, basados en las ideas de democracia, paz, derechos humanos, autodeterminación y desarrollo.⁷⁸⁰ Todo lo anterior, sin embargo, no significó grandes cambios en la misma OIT, que continúa ajena a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

4.3.6 VALORACIÓN DE CONJUNTO

La labor de la OIT con respecto a la protección de los pueblos indígenas tiene un valor tremendo, considerando además que ni siquiera se trata de una institución dedicada a este ámbito en específico. Los instrumentos que ha elaborado al respecto han sido

⁷⁷⁷ GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas...*, op. cit., pp. 32-33.

⁷⁷⁸ VAN COTT, D. L., *The friendly liquidation of the past...*, op. cit., p. 263.

⁷⁷⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L., “La OIT y los pueblos indígenas”, op. cit., p. 127.

⁷⁸⁰ AGUILAR CAVALLO, G., *La dinámica internacional de la cuestión indígena*, op. cit., pp. 63 y 64.

pioneros en el tema y así se han convertido en modelo y punto de partida para el desarrollo de la normativa internacional dedicada a estos asuntos. El proceso que siguió la organización en el modo de abordar la problemática indígena en las relaciones laborales, también ha ido de la mano con los progresos que han logrado estos pueblos en pos de la garantía de sus derechos en la comunidad internacional. Por eso, podemos afirmar que el Convenio nº 107 y el nº 169 “reflejan dos extremos del tratamiento de los indígenas por el Derecho Internacional moderno: un horizonte de animación primero, típicamente poscolonial, y un reconocimiento de derechos después.”⁷⁸¹

No obstante lo anterior, las limitaciones que tiene son significativas especialmente en el terreno de su control, por cuanto deja bastante margen a los Estados para interpretar y aplicar sus disposiciones. Es, de todos modos, lo que ya hemos visto que sucede con los mecanismos de protección de las minorías nacionales, y parece obedecer a los mismos motivos: el celo de los Estados con respecto a su soberanía territorial. Por esto, Magdalena GÓMEZ recuerda la preocupación de los dirigentes indígenas al aprobar el Convenio nº 169, porque el instrumento era indudablemente un paso adelante, pero con el tiempo ha resultado ser el paso máximo que están dispuestos a dar los gobiernos. De hecho, son pocos los Estados que lo han ratificado, algo preocupante si pensamos que es el único instrumento jurídico internacional vinculante que trata de manera directa los derechos de los pueblos indígenas. De todas formas, la autora insiste en la importancia de las reclamaciones como parte de la estrategia de estas comunidades para luchar por sus derechos, sus tierras y sus recursos, aunque claramente es un mecanismo que debe ser complementado con otras medidas y normas más eficaces.⁷⁸²

4.4 El Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas

Además de la protección universal de los derechos humanos y la protección específica a personas pertenecientes a minorías, el DIDH tiene un tercer elemento que muchos consideran básico para la lucha de los pueblos indígenas: el derecho a la autodeterminación. Éste se encuentra consagrado en el primer artículo del PIDCP y del PIDESC, afirmando que:

“1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del Derecho Internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en

⁷⁸¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L., “La OIT y los pueblos indígenas”, *op. cit.*, pp. 105-106.

⁷⁸² GÓMEZ, M., “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, *op. cit.*, pp. 149-151.

fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.”

En palabras de ANAYA, “la autodeterminación se refiere a un conjunto de normas de derechos humanos que se predicán genéricamente de los pueblos, incluidos los pueblos indígenas, y que se basan en la idea de que todos los sectores de la humanidad tienen el mismo derecho a controlar su propio destino.”⁷⁸³

Dadas las diversas interpretaciones que se le han dado, este derecho ha sido uno de los más complejos, y que mayores controversias ha causado. Así como para algunos se trata del derecho humano más importante porque de no existir tampoco podrían ejercerse los demás, otros rechazan su consideración como tal porque se aplicaría a colectivos y no a los individuos.⁷⁸⁴

De todas formas, los pueblos indígenas han utilizado este artículo 1 de los Pactos como base de sus reclamaciones en diversas oportunidades. En este sentido, cabe destacar que aunque el alcance y el significado de esta disposición sigue siendo fuente de debate, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en sus labores de supervisión de estos tratados, se ha manifestado a favor de la aplicación del derecho de la autodeterminación cuando se trate de pueblos indígenas. Esto, con ocasión de ciertos asuntos que ha debido examinar respecto de comunidades y disposiciones en Canadá, Australia y Noruega, por ejemplo.⁷⁸⁵

Para comprender bien el contenido del concepto de autodeterminación y del significado y alcance que el derecho a la misma implica, presentaremos a continuación un breve estudio de lo que ha sido su surgimiento y evolución a lo largo de la historia, considerando de qué modos y sobre qué colectivos se ha aplicado.

4.4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El principio de libre determinación de los pueblos surgió a principios del siglo XX desde diversos puntos de vista, y fue establecido por primera vez por escrito en el orden internacional, a través de la doctrina de los “catorce puntos” de Woodrow Wilson que debían dar el marco de las relaciones entre los Estados finalizada la Primera Guerra Mundial. El Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919, sin embargo, no lo mencionó, apareciendo en términos jurídicos recientemente, en 1945 en la Carta de Naciones Unidas, que afirma que uno de los propósitos de la organización es “[f]omentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la *libre determinación de los pueblos*, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal” (artículo 1.2; énfasis añadido).

Más adelante, en su artículo 55, la Carta repite lo anterior para referirse a lo que promoverá para la cooperación internacional económica y social “[c]on el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto a la igualdad de derechos y al de la *libre determinación de los pueblos*” (el énfasis es nuestro).

⁷⁸³ ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., p. 137.

⁷⁸⁴ STAVENHAGEN, R., “El sistema internacional de los derechos indígenas”, op. cit., pp. 133-134.

⁷⁸⁵ ANAYA, James, “Los derechos de los pueblos indígenas”, en Mikel BERRAONDO, *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 29-60, p. 43.

De todos modos, no se establecían en el documento las disposiciones que aseguraran su realización, por lo que el principio no trascendía el nivel retórico. Había sí ciertos pequeños avances porque, aunque no se atacaban derechamente las situaciones coloniales, se estableció un régimen de administración fiduciaria, que debía aplicarse principalmente a los territorios bajo mandato, promovándose su “adelanto político y el desarrollo progresivo del territorio hacia el *gobierno propio* o la *independencia*, teniendo en cuenta sus circunstancias particulares y los *deseos libremente expresados de sus pueblos*”⁷⁸⁶. A pesar de que fuese entonces sólo un objetivo lejano, esta mención del principio de libre determinación de los pueblos en la Carta de Naciones Unidas, daría pie más adelante para llevar a cabo el proceso histórico de la descolonización: “la descolonización ha vertebrado la positivación y consolidación del principio. Jinete y montura han yacido tanto y tan confundidos que han amanecido como centauros”⁷⁸⁷.

Los debates en torno a la descolonización tuvieron posturas contrarias a ésta, pero no pudieron hacerle frente a las fuerzas que la favorecían, considerando que dentro de éstas estaban “los dos Estados más poderosos del momento (Estados Unidos y la URSS), deseosos de *descolonizar* para *neocolonizar*”⁷⁸⁸. Además, cada pueblo que dejaba de ser colonia no sólo significaba un problema menos sino también un Estado nuevo –un voto, por ende– que ingresaba a las Naciones Unidas. En 1960 se aprobó así la Resolución 1514 (XV), llamada *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*. Ésta pretendía poner fin al colonialismo y celebraba la independencia que han alcanzado muchos territorios dependientes, “consciente de la necesidad de crear condiciones de estabilidad y bienestar y relaciones pacíficas y amistosas basadas en el respeto de los principios de la igualdad de derechos y de la *libre determinación de todos los pueblos...*” (énfasis añadido).

En base a esto, entonces, y en general a que el colonialismo constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales y que impide el desarrollo de las sociedades y la paz y la estabilidad internacionales, declara que:

“*Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*” (artículo 2; énfasis añadido).

Es decir, todos los pueblos tienen libre disposición de sus recursos y pueden alcanzar la independencia absoluta, sin que la falta de preparación política, económica, social o educativa sea utilizada como excusa para atrasar dicho proceso.

Por otro lado, aunque el documento hace expresas y reiteradas manifestaciones a la descolonización como hecho central y al rechazo a la sujeción de cualquier territorio a una potencia extranjera, al referirse a “todos los pueblos” como titulares del derecho a la libre determinación deja abierta la puerta para que en adelante se amplíe más allá de los pueblos coloniales, lo cual acarreará más de algún problema, ya que no queda establecido el concepto de “pueblo”. Volveremos sobre esto más adelante, pero basta mencionar que desde un comienzo quedó establecida esta sentencia sin restricciones en este sentido, pero que la intención de la Resolución 1514 (XV) es esencialmente terminar con el colonialismo y conceder la independencia a los pueblos coloniales, sin mencionar

⁷⁸⁶ REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional Público*, vol. 1 “Principios Fundamentales”, Tecnos, Madrid, 1983, p. 109.

⁷⁸⁷ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 111.

⁷⁸⁸ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 113.

derecho alguno a secesión de comunidades dentro de un Estado. Las constantes referencias a la situación repudiable de dominio y explotación de una potencia extranjera sobre otro territorio, y a que ésta es contraria a la Carta de Naciones Unidas, así lo demuestran; de hecho, ya lo hace evidente el mismo nombre de dicha resolución. Daniel O' DONNELL lo señala de manera categórica: "la Declaración de 1960 tiene un objetivo claro, que no es definir los derechos de los pueblos en general sino 'poner fin al colonialismo'"⁷⁸⁹. De hecho, según Aureliu CRISTESCU, los debates de la Asamblea General de Naciones Unidas en torno a la aprobación del proyecto de esta resolución, trataron sobre todo acerca de "la condenación del colonialismo en todas sus formas y manifestaciones y a la necesidad de ponerle fin rápidamente"⁷⁹⁰.

La supuesta ampliación del concepto de "pueblos" debía ser entendida en cuanto a "pueblo colonial", ya que se buscaba universalizar el principio pero no a cualquier comunidad, sino a cualquier pueblo explotado por una nación foránea: "la Declaración y los principios en ella proclamados se interpretaron en el sentido de que tenían por objeto la abolición inmediata de la dominación de cualquier pueblo por un pueblo extranjero, en todas sus formas y en todas sus manifestaciones; la abolición de esa dominación y el logro de la independencia debían ser absolutas de modo que pusieran fin para siempre a toda tentativa de renacimiento de una influencia extranjera sobre los pueblos que hubieran adquirido la independencia (...) la aplicación de los principios de la Declaración debía ser universal y extenderse a todos los pueblos del mundo sin limitación alguna"⁷⁹¹.

Todo lo anterior queda evidenciado, además, por la aprobación de la Resolución 1541 (XV) que se adoptó al día siguiente, en la cual se establecían los principios que deben regir la interpretación del artículo 73 de la Carta de Naciones Unidas, referido a los territorios no autónomos. De ese modo, identificaba a los pueblos que no habían alcanzado gobierno propio pleno con los territorios coloniales, de lo cual se desprende que la intención era hacer de éstos los titulares del derecho a la libre determinación. Además, dicho documento delimita el concepto a un territorio "separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales" (principio IV).

El principio de libre determinación de los pueblos, entonces, al materializarse por primera vez, lo hizo por dos razones: en rechazo al colonialismo y en defensa al respeto de los principios de la ONU. Son éstos los pilares sobre los que descansa su razón de ser en primer lugar.

Por otra parte, la Resolución 1541 (XV) especifica que, aunque la independencia del territorio colonial es el objetivo último, también se aceptan otras formas de ejercer el derecho a la libre determinación, siempre que sean fruto democrático de la voluntad del pueblo: la asociación y la integración con un Estado independiente.

Como ya se ha mencionado, la libre determinación de los pueblos se vio reiterada en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, y cuatro años más tarde, la Resolución 2625 (XXV) de la AGNU ("Declaración sobre los Principios de Derecho

⁷⁸⁹ O' DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 857.

⁷⁹⁰ CRISTESCU, Aureliu, *El derecho a la libre determinación: desarrollo histórico y actual sobre la base de los instrumentos de la ONU*, Naciones Unidas, Nueva York, 1981, p. 8.

⁷⁹¹ CRISTESCU, A., *El derecho a la libre determinación...*, op. cit., p. 8.

Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas”) la estableció como uno de los siete principios que ayudarían a cumplir los propósitos de la ONU. Sobre ella señala lo siguiente:

“En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta.”

Además, estableció que todo Estado debe promover la aplicación de este principio y del de la igualdad de derechos, siguiendo la Carta de Naciones Unidas, para...

“i. Fomentar las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados;
y

ii. Poner fin rápidamente al colonialismo, teniendo debidamente en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos de que se trate; y teniendo presente que el sometimiento de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una violación del principio, así como una denegación de los derechos humanos fundamentales, y es contraria a la Carta de las Naciones Unidas.”

Con esto se reitera el énfasis en la condena al colonialismo como un factor asociado intrínsecamente al principio de libre determinación que ya se había hecho en la Resolución 1514 (XV), y de igual manera plantea la independencia, la libre asociación y la integración a otro Estado como formas distintas del ejercicio de dicho derecho, incluyendo también “cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo”, lo que da mayor amplitud aun, demostrando que no hay una relación de estricta exclusividad entre el principio y la independencia.

Por último, el Acta Final de Helsinki de 1975 estableció como uno de sus diez principios, la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, afirmando que este último es un derecho que todos los Estados participantes respetarán de acuerdo a la Carta de Naciones Unidas y a las normas de Derecho Internacional, pues es fundamental para el desarrollo de las relaciones amistosas entre todos los Estados. En cuanto a su contenido, señala lo siguiente:

“todos los pueblos tienen siempre el derecho, con plena libertad, a determinar cuando y como lo deseen, su condición política interna y externa, sin injerencia exterior, y a proseguir, como estimen oportuno, su desarrollo político, económico, social y cultural” (principio VIII).

4.4.2 APLICACIÓN DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como ya se ha analizado en este estudio, no existe una definición unánime acerca del concepto de “pueblo”, y la determinación de su contenido aún es objeto de debate tanto en distintas disciplinas académicas como en el ámbito jurídico. Por tanto, no hay en el Derecho Internacional una definición legal aceptada por todos o la mayoría de los Estados, y a partir de esto tampoco es fácil establecer qué grupos son titulares del derecho a la autodeterminación. La comprensión del concepto ha evolucionado y está claro que, aunque ése fue su origen, no se aplica hoy solamente a pueblos coloniales. Sin embargo,

¿se puede aplicar a todos los pueblos o sólo a algunos? ¿Cómo puede determinarse que un colectivo es un pueblo y que tiene derecho a la autodeterminación?

Según BERMEJO y GUTIÉRREZ ESPADA, además de los coloniales hay dos tipos de pueblos que también son titulares del derecho de libre determinación, y que corresponden a los nacionales y a los indígenas; éstos también son “colectivos que viven en el seno de un Estado soberano e independiente pero que se singularizan del resto de la población, o de sus otros pueblos en su caso, por su lengua, su historia, raza o religión, elementos aglutinadores todos que han insuflado en ese colectivo, o en una mayoría del mismo, un sentimiento ‘de personalidad propia’, un sentimiento ‘nacional’”⁷⁹². Ello, porque ocupaban un territorio que una potencia o población extranjera invadió, conquistó o colonizó en algún momento de la historia, a partir de lo cual tienen un pasado y una cultura que les hace considerarse distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esas tierras, en las que son sectores no dominantes.

En este sentido, puede compararse esta situación con la de varios países africanos y los problemas étnicos que se han desatado en ellos a partir de la conformación de Estados cuyas fronteras se han establecido sin considerar las diferencias entre etnias que marcaban de hecho otros límites. De allí que CORONA señale que para los pueblos indígenas, “el establecimiento de regímenes autonómicos conduce a la reorganización de los Estados de acuerdo a parámetros apegados a las condiciones reales de las comunidades y regiones”⁷⁹³.

Ahora bien, en general los pueblos indígenas no demandan independencia de los Estados que habitan, pero en esto tienen las definiciones de los distintos grupos gran importancia. Es decir, en primera instancia no hay intenciones ni posibilidades de que la autonomía que reclaman los pueblos originarios signifique un potencial derecho a secesión, pero si en base a sus similitudes se les quisiera catalogar como pueblos coloniales, habría que considerar sus efectos. Esto, porque como pueblos coloniales el Derecho Internacional sí les daría derecho a independizarse, pues su derecho a autodeterminación contempla ambas dimensiones: la interna y la externa. Esto no es algo menor, pues de acuerdo con STAVENHAGEN “los pueblos indígenas tienen buenos argumentos para demostrar que son o han sido pueblos colonizados”⁷⁹⁴.

En efecto, los movimientos indígenas en general han utilizado este elemento para demandar un tratamiento distinto al de las minorías por parte del Derecho Internacional, ya que están en una situación que no se puede comparar con la de las minorías debido a tres razones fundamentales, todas relacionadas con el pasado colonial: primero, porque al ser pueblos originarios dicen ser acreedores de derechos históricos que no todas las minorías tienen; además, las invasiones y despojos que sufrieron son la base para reclamar que se les restituyan derechos perdidos, en vez de que se les protejan derechos supuestamente concedidos; por último, defienden que sus antepasados fueron naciones soberanas, sometidas e incorporadas contra su voluntad a Estados extraños.⁷⁹⁵ Todos

⁷⁹² BERMEJO, Romualdo y Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, “La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación”, Real Instituto Elcano, Documento de Trabajo n° 7/2008, p. 3. Disponible en <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo7/documento-6-dt-7-kosovo.pdf> [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁷⁹³ CORONA, Claudia, “Planteos de autonomía en América Latina”, *Nueva Sociedad*, n° 147, enero-febrero de 1997, pp. 146-159, p. 151.

⁷⁹⁴ STAVENHAGEN, R., “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, *op. cit.*, p. 138.

⁷⁹⁵ STAVENHAGEN, R., “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, *op. cit.*, p. 137.

estos aspectos podrían servir para fundamentar una postura más extrema, que planteara la igualdad, o al menos la similitud, de su condición con la de los pueblos coloniales, y exigiera a partir de ello derechos que tienen estos últimos, como el de la independencia.

De todas maneras, el Derecho Internacional se ha manifestado en relación específica al tema a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, donde reconoce expresamente en su artículo 3 el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, en virtud del cual éstos “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

En cuanto al ejercicio de ese derecho, la Declaración especifica que los pueblos indígenas “en ejercicio de su derecho de libre determinación tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como los medios para financiar sus funciones autónomas” (artículo 4).

Queda claro a partir de lo anterior, que de su derecho a la autodeterminación no debe desprenderse un supuesto derecho a la secesión del Estado en el que habitan los pueblos indígenas. De hecho, el artículo 5 disipa cualquier duda al respecto, pues señala que éstos “tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.”

Resaltar el derecho a la participación dentro del Estado demuestra que la intención de la Declaración es la protección de los derechos de los indígenas –como enfatiza el artículo 1 del documento– y la garantía de su trato igualitario, sin que puedan ser discriminados en ningún ámbito –lo que establece expresamente en el artículo 2–.

Ahora bien, la inclusión de este derecho implica una novedad en la legislación internacional al respecto, pues aunque aclara los términos de la autodeterminación, al incluirlo “plantea todo un debate acerca del alcance de este derecho, con el que abre o más bien continúa la discusión del tema en este siglo XXI”⁷⁹⁶.

Por otro lado, ANAYA propone una visión distinta del concepto, al entender que la autodeterminación sustantiva se compone de dos elementos normativos: requiere que el diseño de las instituciones de gobierno refleje el resultado de procesos guiados por la voluntad del pueblo o los pueblos gobernados (aspecto *constitutivo*), y que el diseño de las instituciones políticas, independiente de los procesos que lleven a su creación o transformación, permita a la gente vivir y desarrollarse libremente de forma permanente (aspecto *continuado*: el autogobierno es la principal dimensión política de la autodeterminación continuada). Este esquema difiere de la dicotomía interna/externa planteada anteriormente, la cual se basa en la concepción de un universo limitado de “pueblos” conformado por estados, por lo que, a juicio del autor, constituye una “distorsión de la realidad”.⁷⁹⁷

Pues bien, los pueblos indígenas han planteado muchas de sus demandas basándose en su derecho a la autodeterminación, y en este sentido lo vinculan con la administración de las tierras ancestrales cuya propiedad reclaman, que se ha transformado en una de sus principales reivindicaciones. Esto, porque para su supervivencia como grupos no dependen sólo de que se les reconozcan sus tierras

⁷⁹⁶ ORIAS, Ramiro, “Los pueblos indígenas en el derecho internacional: la cuestión de la libre determinación”, *Umbrales* nº 17, 2008, pp. 279-301, p. 287.

⁷⁹⁷ ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., pp. 151-152.

mediante títulos oficiales de propiedad, sino también de que se les permita administrarlas y tomar decisiones sobre asuntos que les afecten directamente. En este sentido, “[l]a apelación indígena al derecho de autodeterminación debe interpretarse como la reivindicación de un marco político que permita su supervivencia, en todos los aspectos, como pueblo.”⁷⁹⁸ De hecho, para GÓMEZ DEL PRADO “[u]na característica esencial de los pueblos indígenas reside, precisamente, en que la preservación de la autonomía cultural presupone un grado considerable de autogestión y de control de las tierras y de los otros recursos naturales, lo que implica un determinado grado de autonomía territorial.”⁷⁹⁹

Lamentablemente, como ya se ha visto, en la comunidad internacional existe aún una tendencia a interpretar el derecho de autodeterminación en relación con la formación de un Estado, por lo que su ejercicio sigue sembrando temores a que con él se transgreda la integridad territorial del Estado y traduzca la libre determinación en independencia. Es esto lo que ha dificultado el reconocimiento general y explícito de la aplicación de este derecho a los pueblos indígenas, lo que en realidad no tiene mucho sustento en la práctica, pues son muy pocos los casos en que se ha llegado a proponer siquiera la posibilidad de crear un nuevo Estado a partir del ejercicio de la autodeterminación.⁸⁰⁰

Por otro lado, tampoco en la teoría tienen estas reclamaciones un gran fundamento. Como se ha explicado, el Derecho Internacional establece claramente que la integridad territorial del Estado es un límite al derecho de autodeterminación, salvo que exista violación sistemática de los derechos humanos de sus habitantes, por supuesto. Por esto ANAYA afirma que “cuando se toma realmente en serio que el fundamento normativo del principio de la autodeterminación son los derechos humanos, y no los derechos de los estados, es posible concebir una interpretación alternativa de este principio.”⁸⁰¹

Pues bien, gracias a este enfoque son cada vez más los Estados que aceptan la aplicación del derecho de autodeterminación al ámbito de los pueblos indígenas. Así, la sensibilidad que aún tienen al respecto no significa ya una oposición a sus exigencias relacionadas con la libre determinación. Éste ya no se entiende como el derecho de cada pueblo a formar su Estado, sino como el que tiene cada uno –también los indígenas– de participar libre y equitativamente en la creación de instituciones públicas y a tener el control de sus destinos.⁸⁰²

⁷⁹⁸ SOBERO, Y., y R. CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 314.

⁷⁹⁹ GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas...*, op. cit., p. 20.

⁸⁰⁰ SOBERO, Y., y R. CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 314.

⁸⁰¹ ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., p. 31.

⁸⁰² ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., p. 169.

5. El Sistema Interamericano de Protección de Pueblos Indígenas

5.1 Antecedentes Históricos

Igual que en el ámbito universal, en el interamericano los derechos indígenas están protegidos dentro del sistema de derechos humanos y siempre en el marco de la labor que la OEA ha realizado al respecto. Por tanto, se encuentran garantizados en sus instrumentos básicos en estos asuntos: la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante, CADH), la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada recientemente, en junio de 2016.⁸⁰³

Lo cierto es que en un comienzo la OEA también abordó estos asuntos desde una perspectiva integracionista y asistencialista, que se plasmó en la creación del Instituto Indigenista Interamericano en 1940. A partir de la labor de este organismo, RODRÍGUEZ-PIÑERO identifica tres fases en la evolución del tratamiento del tema indígena en América, las cuales también se corresponden con el desarrollo que ya hemos visto que se dio a nivel universal.⁸⁰⁴

De acuerdo con el citado autor, entonces, en los años '70 del siglo XX, se habría dado una fase que denomina "tardoindigenista" y que se basaba en ciertas ideas humanitarias y morales para buscar proteger a los pueblos indígenas, pero sin acercarse al reconocimiento de sus derechos. En la década siguiente se apreció un interés por la situación de los pueblos indígenas desde una visión individualista de los derechos humanos, enfocándose en derechos genéricos como el derecho a la cultura, la lengua y la religión, o las libertades de asociación, reunión y expresión, pero omitiendo otros tan significativos para los pueblos indígenas como la autodeterminación y la autonomía política. Finalmente, comenzaría a principios de los años '90 un proceso de reconocimiento y protección de los derechos de estos pueblos, el cual se enmarca en los desarrollos que se estaban dando en la comunidad internacional al respecto, incluyendo la firma del Convenio nº 169 de la OIT, como ya se ha mencionado. Aunque las ratificaciones de este último son pocas, cabe señalar que muchas de ellas son de Estados americanos. En este contexto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó en 1990 la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, y presentó el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 1999, la cual debía elaborar un Grupo de Trabajo dependiente del Consejo Permanente de la OEA. El documento final recién se aprobó el 2016, tras un largo periodo de negociaciones.

⁸⁰³ Sobre el rol del sistema interamericano en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, consúltense ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, y MACKAY, Fergus, *Guía para los Pueblos Indígenas en el sistema interamericano*, IWGIA-Forest Peoples Programme, Copenhague, 2002.

⁸⁰⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L., "La OIT y los pueblos indígenas: una introducción histórica", *op. cit.*, pp. 160-164.

5.2 Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre

Adoptada sólo unos meses antes que la DUDH, es un documento básico en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, pues ha sido fuente de inspiración y referencia obligada para su desarrollo. Así, aunque no sea un tratado propiamente tal, y por tanto no sea jurídicamente vinculante, ni esté incluida en la Carta de la OEA, cabe destacar algunos de sus elementos que resultan significativos para la protección de los derechos indígenas.

En primer lugar, evidentemente están consagrados los derechos básicos que establecen todos los instrumentos de derechos humanos, a saber, el derecho a la vida, a la igualdad ante la ley, a la libertad religiosa, la de expresión, derechos sociales como la salud, la educación y la cultura, derecho al trabajo, derechos de reunión, asociación y participación política, etc. Destaca, además, el artículo 23 que establece el derecho de propiedad señalando que “[t]oda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y el hogar”. Esta explicación, que no aparece en la DUDH, puede ser muy útil para las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas. No obstante, cabe señalar que ese derecho a la propiedad queda reconocido en este instrumento sólo en su dimensión individual y no colectiva, que es lo que reclaman los pueblos originarios.

5.3 Convención Americana de Derechos Humanos

El principal instrumento de protección de derechos humanos en el sistema interamericano lo constituye la CADH, tratado internacional jurídicamente vinculante adoptado en 1969⁸⁰⁵, que se encarga de desarrollar en mayor profundidad los derechos humanos que anteriormente había enunciado la Declaración. La relación entre ambos instrumentos es similar a la que se observa en el sistema universal entre la DUDH y el PIDCP, respectivamente, y de hecho son coetáneos. Ninguno hace mención explícita a los derechos de los pueblos indígenas en particular, no son instrumentos dedicados específicamente a su protección; garantizan de modo general los derechos humanos, y es en este contexto en el que las comunidades nativas pueden utilizarlos para reclamar por la violación de los suyos.

Lo anterior, debido a que, tal como el PIDCP, la Convención establece un mecanismo de control del cumplimiento de sus disposiciones. Ahora bien, lo más destacable es que en éste no sólo crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sino además un tribunal internacional específico para conocer las violaciones en este ámbito: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH). Ambos órganos han conocido diversos casos relativos a los pueblos indígenas, en los cuales han

⁸⁰⁵ En la actualidad, la CADH tiene 23 Estados miembros: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay. Trinidad y Tobago la había ratificado pero la denunció en 1998, y Venezuela hizo lo mismo el año 2012.

interpretado de modo extensivo los derechos protegidos por la CADH, incluyendo así sus derechos colectivos.

5.4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión había sido creada con anterioridad, en 1959, pero con la CADH se le reconoció como un órgano especializado y consultivo de la OEA, cuya labor principal es proteger y promover los derechos humanos, para lo cual tiene competencias genéricas. Puede, entonces, hacer recomendaciones que, si bien tienen autoridad e influencia, no son jurídicamente vinculantes y por ende no son obligatorias. Se compone de siete miembros elegidos por la Asamblea General de la OEA, y su sede está ubicada en Washington.

Las funciones de la Comisión son bastante amplias, y en algunas de ellas se ha ocupado de asuntos indígenas. Así ha hecho, por ejemplo, al momento de elaborar estudios sobre la situación general de los derechos humanos en la región, a partir de lo cual debe publicar un informe anual que dé cuenta de sus actividades. Algunos de estos informes incluyen apartados dedicados específicamente a los pueblos indígenas, así como anexos que incluyen informes especiales que la Comisión ha elaborado y que pueden versar sobre algún asunto particular que interese a toda la región, o sobre aspectos generales de la situación de derechos humanos en un determinado Estado, o también acerca de alguna situación concreta de derechos humanos que merezca especial atención por parte de los Estados miembros. Por ejemplo, el del 2015 tiene un anexo con distintos capítulos dedicados a temas particulares, siendo uno de ellos sobre pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes e industrias extractivas.⁸⁰⁶ El año anterior había hecho lo mismo pero acerca de las mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Canadá⁸⁰⁷, y en el informe anual de 2013 había dado espacio a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en América.⁸⁰⁸ También en los informes que elabora para la situación de cada Estado, incluye desde 1993 apartados dedicados a la situación de los pueblos indígenas.

El significado de estos documentos no es menor, pues “[a]unque no constituyan formalmente una fuente de jurisprudencia, las interpretaciones que realiza la Comisión del contenido de los derechos indígenas en estos informes son también relevantes en la medida en que se trata de pronunciamientos realizados en el marco de los procedimientos oficiales de la Comisión, y dotados por tanto de autoridad. Estas

⁸⁰⁶ CIDH, “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015. Anexo del Informe Anual de 2015. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁸⁰⁷ CIDH, “Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá”, OEA/Ser.L/II. Doc.30/14, 21 de diciembre de 2014. Anexo del Informe Anual de 2014. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mujeres-indigenas-BC-Canada-es.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁸⁰⁸ CIDH, “Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto de sus derechos humanos”, OEA/Ser.L/II. Doc.47/13 30 de diciembre de 2013. Anexo del Informe Anual de 2013. Disponible en www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Informe-Pueblos-Indigenas-Aislamiento-Voluntario.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

interpretaciones toman en cuenta el contexto de la legislación interna de los Estados parte del sistema, así como otros instrumentos internacionales ratificados por estos, son importantes en la medida en que contribuyen a dotar de contenido, de forma «evolutiva» a las normas de la Convención y de otros instrumentos interamericanos.”⁸⁰⁹

Por otro lado, la Comisión –y también la CortelDH– realizan diversas audiencias de distintos casos en particular o sobre temas de preocupación regional. En ellas se discuten los asuntos de un modo muy acabado, incluyendo la intervención de expertos, así como de todos los actores involucrados, lo que da a las organizaciones indígenas un espacio donde manifestar su opinión y sus inquietudes. Acerca de Chile, por ejemplo, en la última década se han realizado audiencias en octubre de 2015 (denuncias sobre violencia contra niños y niñas mapuche), en marzo de 2015 (industrias extractivas y derechos humanos del pueblo mapuche), en marzo de 2014 (derecho de consulta previa), marzo de 2008 (situación de defensores de derechos humanos del pueblo mapuche), marzo de 2005 (situación de los derechos humanos del pueblo mapuche), por ejemplo. Sobre el contenido de estas audiencias volveremos en el próximo capítulo con mayor detalle, pero por el momento basta decir que han sido una muy buena oportunidad para analizar las falencias jurídicas e institucionales que presenta el país en cuanto al reconocimiento de las tierras indígenas –en particular, en relación con el caso *mapuche*–, así como la criminalización que puede observarse del movimiento que las reivindica.

Donde ha tenido un rol aun más relevante en la protección de los derechos de estos pueblos es en su función contenciosa, basado en un procedimiento de peticiones individuales. En este mecanismo se da una importante interacción entre la CortelDH y la Comisión, pues esta última resulta ser la primera instancia del proceso, la cual debe ser agotada antes de que el tribunal conozca la petición. Es decir, los individuos o grupos de individuos no tienen un acceso directo al tribunal en cuestión, sino que deben presentar una denuncia ante la CIDH, en la que reclamen por alguna violación de sus derechos, en el contexto de la CADH.

5.5 Corte Interamericana de Derechos Humanos

Al igual que la Comisión, la CortelDH está compuesta por siete miembros, que en este caso son jueces, pero tiene su sede en San José de Costa Rica. Comenzó a trabajar una vez que la CADH entró en vigor, en 1979, y el primer fallo que dictó fue en 1988.

El tribunal tiene competencias consultivas y contenciosas. Así, en primer lugar puede interpretar la CADH y también asuntos de derecho interno que le planteen los Estados miembros, la Comisión u otros órganos de la OEA. No obstante, hasta el momento no se ha requerido su pronunciamiento acerca de asuntos indígenas.

En su función contenciosa, en cambio, se han presentado diversos casos de violación de derechos de los pueblos indígenas ante la Corte, y sus sentencias en ellos han contribuido enormemente a la configuración y al reconocimiento de sus derechos. Esto no sólo por su autoridad intrínseca sino porque sus fallos sí son obligatorios para los Estados que hayan ratificado la CADH y que hayan aceptado de modo formal la

⁸⁰⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L., “La OIT y los pueblos indígenas: una introducción histórica”, *op. cit.*, p. 178.

competencia de la Corte. Aunque esto último puede ser formalmente una circunstancia limitante, lo cierto es que casi todos los países de la región han ratificado la CADH –con la excepción de Estados Unidos y Cuba, por ejemplo, y de Venezuela y Trinidad y Tobago, que la denunciaron después de ratificarla– y han aceptado la jurisdicción de la Corte –con las mismas excepciones anteriores, además de República Dominicana, que el 2014 declaró que su instrumento de aceptación de la competencia de la Corte era inconstitucional–.

Como se mencionó anteriormente, el procedimiento se inicia en la CIDH y si ésta admite el caso, puede ofrecerse como mediadora para buscar una solución amistosa entre las partes en conflicto, lo cual se ha logrado en algunos casos sobre derechos indígenas. Estos acuerdos pueden ser significativos no sólo por el hecho de resolver la disputa, sino también por la contribución que pueden hacer al desarrollo de la protección de los derechos indígenas. Un buen ejemplo de esto lo constituye el caso Ralco en Chile de 2002-2003⁸¹⁰, en que la Comisión denunció violación de la CADH por los planes de construcción de una central hidroeléctrica en el alto Bío-Bío –región ancestral de ocupación *mapuche*– por parte de la transnacional española Endesa. Ante esto, y mientras se construía la represa, la constructora fue logrando acuerdos con cada familia mapuche por separado, y así la mayoría aceptó permutar sus tierras, salvo las de Mercedes Huentenao y de las otras cuatro demandantes. Finalmente se logró una solución amistosa con ellas, que no sólo incluía ciertos beneficios complementarios para sus familias, sino además el compromiso del Estado de Chile por tomar medidas concretas en pos de la protección de los derechos indígenas. Dentro de éstas estaban, por ejemplo, la ratificación del Convenio n° 169 de la OIT –que se llevó a cabo el 2008– y el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas que habitan en territorio chileno –lo que aún no se ha realizado–. Esto último da cuenta de uno de los asuntos pendientes con respecto a este mecanismo en cuanto a su observancia, pues no hay la suficiente presión sobre el Estado para cumplir estos acuerdos, como la que sí podría generar una decisión de la Comisión sobre el fondo, o la posibilidad de llevar el caso ante la CortelDH.

En caso de no lograrse una solución amistosa, la Comisión debe tomar decidir sobre el fondo del asunto y establecer si hubo violación de los derechos reclamados. Cuando determina que sí ha habido un incumplimiento de la CADH, la Comisión elabora sus recomendaciones al Estado en un informe confidencial, con el fin de darle una oportunidad de reparar el daño. En caso que el Estado no siga esas recomendaciones ni muestre la voluntad de solucionar la situación de la que es responsable, la CIDH puede demandarlo ante la CortelDH, siempre que el Estado en cuestión haya ratificado la CADH y aceptado la competencia de dicho tribunal –de lo contrario, el mecanismo termina con un informe definitivo de la CIDH–.

El acceso a la CortelDH, por tanto, no es directo, pues sólo se pueden presentar ante ella una vez que se agotan las instancias ante la CIDH y sólo cuando esta última establece una demanda contra el Estado. Su sentencia, de todos modos, es definitiva e inapelable.

La jurisprudencia de la CortelDH con respecto a asuntos indígenas comenzó con el caso entre la Comunidad Mayangna (Sumo) Awás Tingni y Nicaragua, a partir de una petición ante la CIDH en 1995. Se trata de un caso emblemático, pues fue el primero que el tribunal conoció acerca de estos temas. Como tal, significó la primera experiencia para

⁸¹⁰ CIDH, Informe n° 30/04, petición 4617/02, solución amistosa entre Mercedes Huentenao y otras, y Chile, 11 de marzo de 2004. Disponible en www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Chile.4617.02.htm [última visita: 27 de octubre de 2017].

el sistema regional, de tratar los distintos aspectos que envuelven los derechos de los pueblos indígenas en particular, con elementos tan significativos como el derecho a la tierra y los recursos naturales. Por tanto, al ser el primer paso en este camino, constituye también los cimientos de la protección interamericana de los pueblos indígenas, ya que se transformó en un marco de referencia para los siguientes casos que comenzaron a presentarse ante la Comisión reclamando por la violación de estos derechos colectivos específicos. Además, fuera del ámbito exclusivamente americano, constituye en general “el primer pronunciamiento tan categórico de un órgano internacional de derechos humanos” sobre los derechos colectivos de las comunidades nativas.⁸¹¹

El caso Awas Tingni tiene su origen en un proyecto de extracción forestal en 1992, por el cual la comunidad –de aproximadamente 600 personas– firmó un acuerdo con la empresa MADENSA para reconocer ciertos derechos de participación de los indígenas sobre el territorio por su ocupación ancestral, y establecer por tanto el manejo integral del bosque. Más tarde, por medio de un convenio entre ambas partes y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales de Nicaragua, este último se comprometió a delimitar las tierras comunales. Sin embargo, en 1996 el Estado dio una concesión a la empresa SOLCARSA para explotar por 30 años, 62.000 hectáreas de la zona, sin consultar previamente a la comunidad Awas Tingni. Tras infructuosas peticiones de no continuar con la concesión y de definir los territorios, ésta presentó el caso ante la CIDH, que dictó sentencia sobre el fondo en agosto de 2001.

Como se puede ver, se trata de una disputa que incluye algunos de los aspectos más relevantes en relación con los derechos indígenas, a saber: su relación con la tierra (derecho de propiedad colectiva, delimitación de tierras, derecho a sus recursos) y también su derecho a participar en asuntos que les afecten directamente (derecho a consulta). Esto, sin considerar además que resulta un excelente ejemplo para los demás casos surgidos a partir de proyectos de explotación de grandes empresas en territorios ancestrales.

Desde entonces, la CorteIDH ha fallado en más de una veintena de casos más relacionados con derechos indígenas, desarrollando así una jurisprudencia muy completa y precisa sobre el tema. Uno de ellos fue presentado contra el Estado de Chile por violaciones a los derechos del pueblo mapuche. Sobre él volveremos en el capítulo siguiente.

A partir de la labor que han llevado a cabo los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, puede afirmarse que en el ámbito regional hay un conjunto de ciertos derechos que están reconocidos como parte del derecho indígena, y son los que pasaremos a explicar a continuación.

5.5.1 DERECHO A LA VIDA

La CADH consagra el derecho a la vida en su artículo 4, desde un punto de vista individual y haciendo hincapié en las limitaciones a la pena de muerte. Según RODRÍGUEZ-PIÑERO, en general la jurisprudencia del sistema interamericano ha interpretado este artículo de forma similar a como lo ha hecho para otras violaciones de derechos individuales. Sin embargo, afirma que “en determinados asuntos el origen indígena de las víctimas ha sido tenido especialmente en cuenta como factor determinante en la

⁸¹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L., “La OIT y los pueblos indígenas: una introducción histórica”, *op. cit.*, p. 185.

naturaleza y gravedad de estas violaciones (como en el caso de Guatemala), o ha sido considerado para la identificación de las reparaciones a estas violaciones (como en los casos de Surinam o Brasil)”⁸¹². De hecho, ANAYA señala que la CIDH lo ha interpretado con miras a la obligación que tiene el Estado de asegurar el medio ambiente natural a los pueblos indígenas que tienen una relación especial con sus tierras y dependen fuertemente de sus recursos naturales. En este sentido, la Comisión ha enfatizado los aspectos materiales y culturales del derecho a la vida, señalando que éste puede peligrar por los efectos que la explotación industrial de las tierras tiene sobre el medio ambiente.⁸¹³

Por lo expuesto, el cumplimiento de su derecho a la vida ha sido reclamado muchas veces por los pueblos indígenas en relación con los derechos territoriales que también demandan. La relación tan especial que tienen estas comunidades con sus tierras se debe tanto a aspectos culturales como físicos, pues ésta es su principal sustento. Su pérdida implica, entonces, no sólo una amenaza para la preservación de sus costumbres sino también para su existencia física. Según GÓMEZ DEL PRADO, “[l]a situación degradante en la que se encuentran actualmente las comunidades indígenas parece ser consecuencia directa del rechazo que sufren en disfrutar del derecho a la tierra, a sus territorios y a sus recursos. Los pueblos indígenas, desposeídos en el pasado de todo o parte de sus territorios, de sus recursos por el empleo de la fuerza militar, el fraude jurídico y la expropiación ilegal, continúan estando afectados por el colonialismo.”⁸¹⁴

Como veremos más adelante, los derechos más significativos que reclaman los pueblos indígenas están relacionados directamente con sus reivindicaciones territoriales, y el derecho a la vida es un buen ejemplo de ello. Por la importancia y los efectos que tienen estas demandas de propiedad de sus territorios ancestrales, dedicaremos a continuación un estudio exhaustivo de lo que ha sido el desarrollo de su protección en el contexto interamericano.

5.5.2 DERECHO A LA PROPIEDAD DE LA TIERRA Y SUS RECURSOS

Las violaciones más graves que ha habido en el último siglo en América Latina, se han dado en contextos de reivindicaciones de tierras por parte de pueblos indígenas: “desde las masacres de la guerra en Guatemala en los años ’80, al conflicto armado interno en Colombia en las últimas décadas, uno de los problemas de fondo y de los objetivos de la violencia es la conquista y el despojo de la tierra. (...) En muchos de los conflictos socioambientales actuales se da la misma lógica, con nuevos actores. No sólo se trata de los Estados y las comunidades afectadas, sino de grandes empresas transnacionales, de problemas como la colonización y los intereses de otros sectores económicos, interesados en la explotación de los recursos naturales.”⁸¹⁵

La OEA se había referido temprano a estos temas, cuando en la Carta Interamericana de Garantías Sociales de 1948 pidió a los Estados crear “instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras,

⁸¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L., “La OIT y los pueblos indígenas: una introducción histórica”, *op. cit.*, pp. 181-182.

⁸¹³ ANAYA, J., “Los derechos de los pueblos indígenas”, *op. cit.*, p. 47.

⁸¹⁴ GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas...*, *op. cit.*, p. 26.

⁸¹⁵ MARTÍN BERISTAIN, Carlos, “Derecho a la reparación en los casos indígenas”, en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 323-344, p. 323.

legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños”⁸¹⁶.

Ahora bien, normativamente el derecho a la propiedad privada está garantizado de modo expreso en el artículo 21 de la CADH, aunque siempre desde una visión liberal individualista, pues señala lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social, y en los casos y según las formas establecidas por la ley.”

Tras consagrarse este derecho en dicha Convención, a inicios de los '70 la CIDH se refirió a violaciones de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, y en los '80 elaboró por primera vez un enfoque normativo para el tema, al considerar que el Estado había violado los derechos de la comunidad Yanomami en Brasil. Desde entonces, la Comisión y la CorteIDH han desarrollado un enfoque multidimensional para la protección de los derechos territoriales de los indígenas, desde dos perspectivas: la dimensión colectiva del derecho de los pueblos indígenas a la integridad cultural, y la dimensión individual de los derechos de sus miembros al bienestar físico, mental y social.⁸¹⁷ Esta doctrina ha sido fundamental en la obra del tribunal, y de hecho hay autores que afirman que justamente “[l]a contribución más significativa del sistema interamericano a la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas se ha producido en el área de los derechos a las tierras y recursos y otros derechos relacionados.”⁸¹⁸

La CorteIDH ha utilizado principalmente la señalada disposición de la CADH como fundamento para proteger el derecho que los pueblos indígenas tienen sobre sus tierras. Éste es uno de los reclamos centrales de los pueblos indígenas, y la jurisprudencia interamericana ha contribuido en buena medida a su desarrollo. En primer lugar, y como ya se ha adelantado, lo trató en el caso *Awas Tingni*. En éste la Corte interpreta el mencionado artículo 21 de la CADH mediante una aproximación evolutiva, que RODRÍGUEZ-PIÑERO considera precisamente como el “gran paso jurisprudencial” del Tribunal.⁸¹⁹ Esto, debido a que se da un giro en la comprensión de este derecho desde una perspectiva individual propia del pensamiento liberal clásico, hacia una visión colectiva de la propiedad sobre la tierra y los recursos naturales, que además puede prescindir de los títulos formales de propiedad que normalmente da el Estado.

⁸¹⁶ OEA, Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, 1948, artículo 39. Puede consultarse en *Conferencias Internacionales Americanas*, Segundo Suplemento, 1945-1954, Washington D.C., Unión Panamericana, 1956. Además, está disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2001.pdf> [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁸¹⁷ TRAMONTANA, Enzamaría, “The contribution of the Inter-American Human rights bodies to evolving International law on indigenous rights over lands and natural resources”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 17, 2010, pp. 241-263, p. 249.

⁸¹⁸ CAMPBELL, Maia Sophia, “Contribución del sistema interamericano en la definición e interpretación de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 113-135, p. 117.

⁸¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L., “La OIT y los pueblos indígenas: una introducción histórica”, *op. cit.*, p. 186.

Así, en su sentencia la Corte reconoce la existencia de “una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.” Además, afirma que hay una relación muy estrecha entre los pueblos indígenas y la tierra que habitan, y que este factor debe ser considerado como algo esencial de su cultura e integridad. Es decir, no sólo admite la dimensión colectiva de la propiedad indígena de la tierra sino que además vincula este derecho con la propia existencia del grupo, reconociendo así su particular relevancia en estos casos.⁸²⁰

Por otro lado, y después de mostrar que Nicaragua sí reconoce formalmente el derecho comunal de los pueblos indígenas a sus tierras, en el punto 151 la Corte destaca el deber de considerar el derecho consuetudinario de estas comunidades, razón por la cual no debería ser necesario un título real sobre la propiedad para reconocer y registrar oficialmente una tierra que éstas posean de modo efectivo.

Estos argumentos han marcado el alineamiento de la jurisprudencia de la CorteIDH con respecto al derecho de propiedad de los indígenas en casos de reclamaciones territoriales, y así se puede apreciar en su fallo sobre el caso Moiwana, cuatro años más tarde. En éste se basa en el “concepto amplio de propiedad desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal” y, aunque la tierra que se reclama pertenece al Estado de Surinam de forma residual dado que nadie tiene título oficial sobre ella, recuerda precisamente el caso Awas Tingni para reafirmar que basta la posesión de la tierra para tener derecho al reconocimiento de su propiedad.⁸²¹

Como se puede apreciar, los planteamientos de la Corte en estas sentencias se asemejan mucho a la idea de *territorio* que –como veíamos anteriormente– presenta el Convenio nº 169 de la OIT. De hecho, tras esta sentencia, el Tribunal comenzó a utilizar este término de modo muy frecuente para otros casos. Así, por ejemplo, para el caso Moiwana, en el que la Corte se refiere en numerosas ocasiones al “territorio ancestral” o los “territorios tradicionales” que reclama la comunidad de la aldea contra el Estado de Surinam.⁸²² Luego lo continúa utilizando en su fallo sobre el caso Yakye Axa, en que por unanimidad decide que el Estado de Paraguay debe identificar el “territorio tradicional” de los miembros de la comunidad y entregárselos de manera gratuita.⁸²³ Además, aunque en esa frase se advierta una perspectiva individualista al referirse a “los miembros” de la comunidad, lo cierto es que la Corte hace varias menciones a su derecho a la “propiedad comunal” indígena de la tierra, recordando que su contenido y alcance en relación con el artículo 21 de la CADH puede observarse precisamente en el Convenio nº 169 de la OIT.⁸²⁴

Por otra parte, en la sentencia del caso Yakye Axa la Corte destaca también la “estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra”, afirmando que ésta debe ser reconocida como base esencial de su cultura e integridad como grupo.⁸²⁵ Como ya se había mencionado anteriormente, de esta forma queda clara la importancia del territorio para las comunidades y el vínculo que debe establecerse entre el derecho a la propiedad

⁸²⁰ CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 149.

⁸²¹ CorteIDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia de 15 de junio de 2005, párrs. 129-131.

⁸²² CorteIDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname.

⁸²³ CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 242.

⁸²⁴ CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párrs. 130 y 214, entre otros.

⁸²⁵ CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 131.

colectiva y el derecho a la vida de estos grupos, por lo que ambos deben ser garantizados para su protección efectiva. De hecho, más adelante la Corte afirma esto muy claramente, señalando que “la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía”. Cabe destacar también, que en este párrafo puede observarse el papel que da la Corte al modo en que los pueblos indígenas establecen su propiedad, dándole gran relevancia a su memoria colectiva y sin considerar los títulos oficiales que da el Estado, pues afirma que “[l]a posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica”⁸²⁶. De acuerdo con el Tribunal, es la propia cultura jurídica indígena—incluyendo sus costumbres, valores y normas consuetudinarias— el fundamento del derecho de propiedad de estos grupos con respecto a sus tierras.

Lo anterior no tiene efectos sólo en el reconocimiento de la propiedad indígena o la delimitación de sus territorios, sino también en un sentido amplio: de ese modo, la CorteIDH también está reconociendo —de un modo implícito— un cierto derecho de autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas, ya que establece su derecho a regirse por sus propios regímenes jurídicos o normativos. Éstos deben interactuar con los órdenes estatales, pero de la sentencia se puede desprender que los pueblos indígenas no están obligados a regirse bajo el sistema jurídico estatal de modo exclusivo ni primordial, sino que debe considerarse el propio, al cual debe darse validez en ciertos ámbitos. De hecho, en ambos casos la Corte establece que el Estado debe garantizar este derecho de propiedad de los pueblos indígenas mediante un título oficial, lo que implica el reconocimiento de que el sistema indígena es válido, y que la interacción entre ambos órdenes requiere de una compatibilidad que brinde seguridad jurídica a los pueblos indígenas, especialmente considerando los intereses que el Estado y terceros puedan tener con respecto a sus tierras.

Ahora bien, los casos de reclamaciones de tierras indígenas pueden presentar un elemento bastante complejo en cuanto al derecho de propiedad: el choque que puede haber entre la propiedad particular y la colectiva, y cuál es el que prima en ese supuesto. Esto, porque en muchos casos las tierras que reclaman las comunidades no están en manos del Estado sino de terceros inocentes, de nuevos propietarios que las han adquirido a través de la compra y que también tienen legítimo derecho sobre ellas. ¿Cuál es el derecho que debe primar en este caso?

Al respecto, la CorteIDH se pronunció con claridad en los casos *Yakye Axa y Sawhoyamaxa*⁸²⁷, en los cuales los grupos indígenas reclamaban ciertos territorios del Chaco en Paraguay, de los cuales habían sido despojados a lo largo de la historia, pasando a propiedad de iglesias y latifundistas. A pesar de esto, el Tribunal dictaminó que estos pueblos aún conservaban su derecho a reclamarlos, pues los habían perdido por motivos ajenos a su voluntad. En estos casos, a pesar de que *ratione temporis* no corresponde a la jurisdicción de la Corte conocer hechos ocurridos incluso en la Colonia, lo cierto es que éstos aún tienen un papel importante por la relación evidente que tienen con hechos actuales. Por eso TRAMONTANA destaca el elemento tradicional de las tierras indígenas,

⁸²⁶ CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 216.

⁸²⁷ CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo 2006.

pues las que estos grupos reclaman de su propiedad implican siempre —de acuerdo con la jurisprudencia americana— la recuperación de territorios ancestrales.⁸²⁸

Lo anterior también tiene relación con el problema del uso o la explotación de los recursos presentes en las tierras en cuestión, o en su subsuelo. De hecho, “[I]os conflictos más complejos en torno al ejercicio de los derechos a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales surgen por la extracción de los recursos naturales y el desarrollo comercial de sus tierras por parte del Estado y de las empresas, sin que las comunidades afectadas sean previamente consultadas, se obtenga su consentimiento o se beneficien razonablemente de los resultados de dichos desarrollo y extracción. La tensión entre el derecho a la propiedad sobre los territorios indígenas, y la exploración y explotación por terceros de los recursos que se encuentran en estos territorios, se ve exacerbada por los intereses económicos en juego y porque el Estado primero protege sus derechos sobre los recursos del subsuelo, y posteriormente los derechos de pueblos indígenas sobre los recursos naturales que están en el mismo territorio.”⁸²⁹

Al respecto, la CortelDH considera que la explotación productiva de las tierras por sus propietarios actuales no puede ser motivo suficiente para anular el derecho de los pueblos indígenas a reclamarlas, ya que un argumento de este tipo responde a una perspectiva que aborda la cuestión indígena “exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta ineficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos.”⁸³⁰ En este sentido, cabe destacar que la Corte, al dar primacía a la relación especial que tienen los pueblos indígenas con sus tierras, considera este mismo vínculo como el fundamento para determinar hasta cuándo tienen derecho para reclamarlas. En base a esto, establece que “[m]ientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá.” Además, interpreta de manera amplia lo que debe entenderse por el vínculo del pueblo con su territorio, pues contempla un uso productivo pero también cultural y espiritual, y de forma tanto permanente como esporádica.⁸³¹ A juicio de RODRÍGUEZ-PIÑERO, esto puede ser “uno de los elementos más rupturistas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación con el derecho de propiedad comunal indígena, definiendo la vigencia de este derecho aún en situaciones que, conforme al derecho interno, supongan una extinción formal de este derecho.”⁸³²

Luego de establecer que las comunidades mantienen su derecho a reclamar sus territorios en este caso, la Corte se enfoca principalmente en lo que parecería ser una contradicción entre la propiedad privada de los nuevos propietarios y la propiedad colectiva de la comunidad indígena, pues ambos derechos se encuentran garantizados por el artículo 21 de la CADH.

En la sentencia por el caso Yakye Axa, la Corte acude a lo que señala la misma CADH para situaciones en que se presenten estos conflictos, así como a su propia jurisprudencia. Así, en primer lugar recuerda que las pautas que deben seguirse para definir las restricciones permitidas para el ejercicio de estos derechos son las siguientes: “a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales,

⁸²⁸ TRAMONTANA, E., “The contribution of the Inter-American Human rights bodies...”, *op. cit.*, p. 254.

⁸²⁹ VVAA, *El derecho a la consulta previa...*, *op. cit.*, p. 17.

⁸³⁰ CortelDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párr. 139.

⁸³¹ CortelDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párr. 131.

⁸³² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L., “La OIT y los pueblos indígenas: una introducción histórica”, *op. cit.*, p. 196.

y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.”⁸³³

En base a esto, el Tribunal recuerda que el artículo 21.1 de la CADH establece que la Ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social; es decir, que los objetivos colectivos priman por sobre la necesidad del disfrute pleno del derecho restringido. Por lo tanto, si hay una situación en que se contraponen los dos derechos mencionados, el Estado debe valorar en cada caso las restricciones que acarrearía el reconocimiento de uno sobre otro. Por tanto, debe considerar que la propiedad colectiva significa para los indígenas un concepto más amplio que el de la propiedad privada individual, pues se relaciona directamente con la conservación de su patrimonio cultural y con su supervivencia como grupo. Por eso, al desconocérseles ese derecho, se podría estar afectando otros derechos suyos, como el derecho a la identidad cultural o incluso a su supervivencia. En cambio, el Tribunal señala que “la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención”⁸³⁴. Ahora bien, esto no implica que siempre deba ser así, que en toda situación donde entren en conflicto ambos derechos debe prevalecer el de la propiedad colectiva; lo que significa es que en un caso similar el Estado debe considerar el significado que la tierra tiene para la comunidad indígena en cuestión. Además, si por algún motivo razonable el Estado no pueda devolver los territorios a los pueblos indígenas que los reclamen, éstos siempre tienen el derecho a elegir tierras alternativas, una indemnización justa o ambos; todo, considerando siempre el significado que para ellos tengan las tierras en disputa.

En todos estos aspectos, la Corte recuerda las disposiciones del Convenio nº 169 de la OIT al respecto, como asimismo hace en el caso Sawhoyamaya, el cual también presenta el problema de oposición entre el derecho a la propiedad privada individual de los nuevos dueños de las tierras, y el derecho a la propiedad colectiva de la comunidad indígena con respecto a ellas. En esta sentencia, el Tribunal se basa nuevamente en los mismos argumentos del caso Yakye Axa, recordando que la tierra es para los pueblos indígenas un elemento integrante de su identidad cultural, además de ser esencial para su subsistencia, y que la propiedad que tienen sobre aquélla tiene una significación colectiva.⁸³⁵ El documento resulta muy significativo porque sintetiza y enumera en un párrafo los planteamientos de la CortelDH con respecto a cada aspecto del derecho de propiedad que tienen los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales:

“1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han

⁸³³ CortelDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 144.

⁸³⁴ CortelDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 148.

⁸³⁵ CortelDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párrs. 118-120.

perdido la posesión de sus tierras y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.”⁸³⁶

La importancia del concepto amplio de propiedad y de territorio que la CortelDH aplica a los pueblos indígenas queda de manifiesto en su sentencia sobre el caso de la comunidad Saramaka⁸³⁷, que habitaba tradicionalmente un territorio en Surinam, del cual tuvo que desplazarse en la década de 1960 por la construcción de un dique que lo inundó, después de haber sido construido sin su consentimiento. En este fallo, el tribunal recuerda la jurisprudencia desarrollada en casos anteriores de reclamaciones territoriales, pero establece una diferencia que no es menor: en esas sentencias, para interpretar el artículo 21 de la CADH el tribunal consideró tanto la legislación interna de los Estados demandados –Nicaragua y Paraguay– en cuanto al reconocimiento que en ellas había del derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas, así como en las disposiciones del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, Surinam no reconocía ese derecho a la propiedad colectiva ni había ratificado dicho instrumento. Por tanto, el tribunal interpretó el derecho de propiedad consagrado en la CADH a la luz del PIDCP y el PIDESC, que sí habían sido ratificados por el Estado en cuestión. Por tanto, entendió que el artículo 21 no puede interpretarse en un sentido que limite el goce de los derechos garantizados en los Pactos mencionados, lo que le llevó a vincularlo con los artículos 1 y 27 del PIDCP: el derecho a la autodeterminación y el derecho a la no-discriminación, respectivamente. En este sentido, la Corte determina que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a establecer su propio desarrollo social, económico y cultural, lo cual “incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente”. Por tanto, a la luz de los artículos 1 y 27 del PIDCP, el artículo 21 de la CADH da al pueblo de Saramaka “el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria”.⁸³⁸

Todos los argumentos expuestos por la CortelDH en los casos comentados han sido reiterados en ocasiones posteriores, estableciendo así una jurisprudencia con mucha claridad con respecto al concepto de propiedad de la tierra que debe manejarse al tratar asuntos indígenas. Así, por ejemplo, en el caso Xákmok Kásek⁸³⁹, la comunidad en cuestión había reivindicado sus territorios ancestrales en el Chaco paraguayo sin éxito, lo que había significado “no sólo la imposibilidad de la Comunidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, sino que, por las propias características de la misma, ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.”⁸⁴⁰ El Estado paraguayo, que reconoce a los pueblos indígenas y sus derechos de propiedad sobre territorios tradicionales, en este caso particular cuestiona el carácter ancestral de las tierras reclamadas, pues dice que estaban dispersos en un área más grande y esporádicamente ocupaban algunos sectores de las actuales fincas pretendidas

⁸³⁶ CortelDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párr. 128.

⁸³⁷ CortelDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007.

⁸³⁸ CortelDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 95.

⁸³⁹ CortelDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010.

⁸⁴⁰ CortelDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 2.

por ser nómadas. Por tanto, pretendía darles un territorio alternativo dentro de ese área, pero de menor extensión que la pretendida.

Al respecto, cabe recordar que la única excepción a la recuperación de las tierras tradicionales por parte de los indígenas, es cuando los Estados no pueden devolvérselas por motivos objetivos y razonados. En estas circunstancias, deben darles tierras alternativas de igual tamaño y calidad, que serán elegidas con el consentimiento de los miembros de los pueblos indígenas de acuerdo con sus propios medios de consulta y toma de decisiones. Si no hay tierras alternativas disponibles, o si no se llega a acuerdo, el pueblo debe recibir compensación, tomando en cuenta principalmente el significado que la tierra tiene para ellos. Esto no responde únicamente a la jurisprudencia internacional o americana sobre derechos territoriales indígenas, sino en primera instancia a los modos que tiene un Estado de cumplir con su obligación de reparar un daño en caso de ser responsable internacionalmente. Al respecto, cabe recordar que “[l]a reparación tiene que responder al sentir, necesidades y proceso de las víctimas, además de a las características de las violaciones o los aspectos jurídicos”, y “no puede hacerse abstrayéndose del contexto cultural, si no quiere ser poco respetuosa con la gente, además de ineficaz o tener un impacto negativo.”⁸⁴¹

En el caso Xákmok Kásek, la Comisión y la Corte afirmaron que la extensión de la tierra alternativa ofrecida no era suficiente, y que la comunidad había construido históricamente una relación especial con el territorio más amplio que reclamaban. Además, la comunidad misma había rechazado las tierras ofrecidas porque no cumplían con los requisitos de calidad necesarios, y eso es considerado por la Corte también.

En el caso Kichwa de Sarayaku⁸⁴², el Tribunal también declara al Estado de Ecuador responsable de violar los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la CADH, en perjuicio del pueblo Kichwa de Sarayaku, por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio sin haberle consultado antes, desde fines de la década de 1990. También, a partir de ello, de haber puesto en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4 y 5 de la CADH, respectivamente, con lo que se aprecia la continuidad en su concepción amplia de la propiedad, de acuerdo con la cosmovisión indígena.

Finalmente, el caso Kuna⁸⁴³ demuestra la importancia de la aplicación misma de la delimitación de las tierras como elemento dentro del derecho a la propiedad colectiva, pues en su sentencia sobre el fondo la CorteIDH declaró responsable internacionalmente al Estado de Panamá por la violación del artículo 21 de la CADH por no delimitar, demarcar y titular las tierras asignadas al pueblo Kuna de Madungandí y a las Comunidades Emberá Ipetí y Piriati durante años, y por no haber garantizado el goce efectivo del título de propiedad colectiva de la comunidad Piriati Emberá. Esto, tras el despojo y la inundación de sus territorios ancestrales, como consecuencia de la construcción de la Represa Hidroeléctrica del Bayano entre los años 1972 y 1976, lo cual hacía imposible su recuperación por parte de los pueblos indígenas. Por tanto, este caso trata de los

⁸⁴¹ MARTÍN BERISTAIN, C., “Derecho a la reparación en los casos indígenas”, *op. cit.*, pp. 334 y 337.

⁸⁴² CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012.

⁸⁴³ CorteIDH, Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, sentencia de 14 de octubre de 2014.

derechos de las referidas comunidades respecto de las tierras alternativas asignadas por el Estado.

De acuerdo con la jurisprudencia interamericana, la identificación, la demarcación y la entrega de títulos de propiedad de las tierras siempre ha sido esencial para garantizar la protección efectiva de los derechos indígenas sobre sus territorios. De hecho, tanto la Comisión como la Corte han señalado constantemente que, aunque los derechos territoriales de los pueblos indígenas no dependen de su reconocimiento en los sistemas legales nacionales, la situación de incerteza que resulta de ello hace que sean más probables las violaciones de estos derechos por parte de los Estados. Incluso han afirmado que el solo reconocimiento abstracto de ellos tampoco sirve de mucho en términos prácticos, si es que eso no va acompañado de un título de propiedad legal y de la delimitación de las tierras.⁸⁴⁴

Lo anterior no es solamente un detalle formal, y de hecho CAMPBELL afirma que “[u]n modo significativo en el que el sistema interamericano ha contribuido al mejor entendimiento de los derechos indígenas a la tierra, territorios y recursos naturales, es a través de la afirmación de que estos derechos pueden conceptualizarse como derechos de propiedad. (...) Es interesante señalar que, en este sentido, la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas no menciona la palabra propiedad en el contexto específico de los derechos a la tierra, y solo menciona dicho término en relación con la propiedad intelectual o espiritual.”⁸⁴⁵

Como se puede apreciar tras analizar la jurisprudencia de la Corte IDH en este ámbito, su enfoque con respecto a los derechos territoriales indígenas parece ser significativo y realista: efectivamente, “la Corte ha reconocido los derechos de propiedad de los pueblos indígenas sobre tierras ancestrales; al mismo tiempo, pragmáticamente ha creado un espacio para la negociación entre las comunidades implicadas y el Estado, sobre las muy complejas cuestiones de la restitución, el establecimiento de un marco claro para el manejo de conflictos entre reclamos indígenas y no indígenas, que toma en cuenta debidamente el significado que la tierra tiene para la integridad de los pueblos indígenas.”⁸⁴⁶

Por lo tanto, y considerando los desarrollos ya estudiados en el ámbito universal al respecto, es posible afirmar que los derechos territoriales y de propiedad de los pueblos indígenas están claramente reconocidos en el Derecho Internacional. De ese modo, queda de manifiesto que si un Estado “no reconoce, garantiza y aplica estos derechos lo hace bajo motivaciones estrictamente políticas.”⁸⁴⁷

⁸⁴⁴ TRAMONTANA, E., “The contribution of the Inter-American Human rights bodies...”, *op. cit.*, pp. 255-256.

⁸⁴⁵ CAMPBELL, M. S., “Contribución del sistema interamericano...”, *op. cit.*, p. 119.

⁸⁴⁶ “In short, the Inter-American Court's approach to indigenous land rights seems to be both significant and realistic. Indeed, the Court has recognised indigenous peoples' property rights over ancestral lands; at the same time, it has pragmatically created a room for negotiation between the concerned communities and the state over the highly complex question of restitution, setting out a clear framework for managing conflicts between indigenous and non-indigenous claims which duly takes into account the significance that lands have for indigenous peoples' integrity.” TRAMONTANA, E., “The contribution of the Inter-American Human rights bodies...”, *op. cit.*, p. 255. Traducción propia.

⁸⁴⁷ BERRAONDO, Mikel, “Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación”, en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 191-205, p. 200.

El aporte que ha realizado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a este reconocimiento ha sido inmenso, especialmente el de la jurisprudencia de la CorteIDH. Desde su célebre fallo en el caso *Awas Tingni*, ha desarrollado una doctrina mediante otras sentencias que han basado sus pilares en los argumentos desarrollados en él, reforzando positivamente su postura y sus argumentos. Esta doctrina no solo reconoce los derechos territoriales de los pueblos indígenas sino que además establece varias obligaciones de los Estados con miras a su puesta en práctica. Ambos aspectos han contribuido así a dar contenido concreto a los derechos reconocidos y a garantizar su ejercicio. El alcance de estos fallos ha sido muy amplio e incluso podría trascender el reconocimiento de estos derechos en el Derecho Internacional, pues la CIDH ha hablado ya de la existencia de unos “principios generales de Derecho Internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas aplicables tanto dentro del sistema como fuera. Unos principios que incluyen entre otros el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos.”⁸⁴⁸ Estos tres elementos –tierras, territorios y recursos naturales– conformarían la tríada que compone el derecho al territorio de los pueblos indígenas reconocido y garantizado por la CorteIDH, y por tanto deben considerarse siempre en conjunto.

5.5.3 EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Una forma en la que se vulneran los derechos de los pueblos indígenas que resulta ser más sutil que el despojo de sus territorios o derechamente su eliminación como grupo ya sea a través del asesinato o la aculturación, es la que se puede apreciar en la garantía (o no) de sus derechos políticos. Es decir, a la posibilidad que se da a sus miembros de participar en la toma de decisiones políticas, especialmente en asuntos que les competen o afectan de modo directo.

Estos derechos se encuentran garantizados en el artículo 23.1 de la CADH, que señala que todos los ciudadanos deben disfrutar los siguientes derechos:

- “a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

Esta participación se ha visto bastante limitada en casi toda la región, lo que repercute en buena medida en el ejercicio que tienen estas comunidades de su derecho de autodeterminación. Al respecto, la CorteIDH también se ha pronunciado al conocer diversos casos en que se reclama la violación de un Estado del derecho de los pueblos indígenas a la participación política. La primera oportunidad que tuvo el tribunal para conocer una demanda al respecto y sentar las bases de su jurisprudencia sobre este derecho, fue el caso *YATAMA* contra el Estado de Nicaragua.⁸⁴⁹ La demanda la interpuso el partido político indígena *YATAMA* (*Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka*, que significa “hijos de las madre tierra” en lengua miskita), al ser excluido del proceso de

⁸⁴⁸ BERRAONDO, M., “Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación”, *op. cit.*, p. 196.

⁸⁴⁹ CorteIDH, Caso *YATAMA* vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005.

elecciones municipales del año 2000 por el Consejo Supremo Electoral, lo cual además provocó tensiones importantes con repercusiones nacionales e internacionales, incluyendo protestas y enfrentamientos con la policía.

Al respecto, además de hacer notar ciertos detalles procedimentales que dificultaron la participación de YATAMA en dichas elecciones –por ejemplo, que no se le notificó al partido acerca de la resolución del Consejo sobre la exclusión de otro partido político en alianza con YATAMA, sólo un mes antes de excluirlo a él también–, la CorteIDH se enfocó en el carácter especial de la comunidad indígena a la que YATAMA representaba, su situación vulnerable y sus necesidades particulares como minoría étnica. En base a esto, y de acuerdo con el artículo 29 de la CADH, la Corte considera que la aplicación de la Ley Electoral nº 331 de Nicaragua, que entró en vigencia nueve meses antes de las elecciones en cuestión, implicó la exigencia de requisitos que no establecía la ley anterior y que disminuyeron en buena medida las posibilidades de participación de las organizaciones indígenas en ellas. Esto, por ejemplo, ya que sólo permite que sean partidos políticos los que pueden participar en las elecciones, lo que constituye una forma de organización que no es propia de los grupos indígenas de la región. De ese modo, se “impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas (...) que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000.” Esto “implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran YATAMA.”⁸⁵⁰ Por tanto, y considerando siempre las circunstancias especiales del caso, el tribunal determinó que esta limitación implicaba una restricción indebida al ejercicio de un derecho político que no sólo garantiza la CADH sino también la legislación nacional de Nicaragua.

Cabe mencionar también, que la Corte tomó nota del reconocimiento que hizo el propio Estado de Nicaragua con respecto a que se requería modificar esta normativa, lo que interpretó como una muestra de que dicha ley tenía efectos negativos en el ejercicio de la participación política y los derechos individuales que ella implica.

Como se puede ver, el enfoque que adopta la CorteIDH para analizar si hubo o no violación de un derecho político, también obedece a una interpretación amplia del mismo, no restrictiva. Es decir, tomando en cuenta las particularidades de las comunidades indígenas, que implican poner la mirada más en sus necesidades que en ciertos aspectos formales. Así, por ejemplo, el foco no está centrado en que el Estado de Nicaragua y YATAMA hayan o no respetado ciertos procedimientos establecidos en las normativas pertinentes, sino principalmente en el goce efectivo de los derechos garantizados en los instrumentos correspondientes. Por tanto, la Corte enfatiza que lo que hace al Estado responsable en este caso, es el no haber adoptado las medidas necesarias para garantizar el ejercicio concreto del derecho de los candidatos de YATAMA a ser elegidos, pues las restricciones establecidas en la Ley Electoral significaban una discriminación legal y de facto hacia ellos, impidiendo que pudieran participar en las elecciones en igualdad.⁸⁵¹

Lo anterior responde también a una visión positiva de los derechos humanos, que ya se ha analizado anteriormente. Esto, por cuanto la no-discriminación no significa

⁸⁵⁰ CorteIDH, Caso YATAMA vs. Nicaragua, párr. 218.

⁸⁵¹ CorteIDH, Caso YATAMA vs. Nicaragua, párr. 224.

solamente que un Estado deba dejar de cometer actos discriminatorios, sino además adoptar medidas y acciones concretas en pos de brindar igualdad de oportunidades a las personas y los grupos. Hemos señalado ya, que en los casos relativos a colectividades minoritarias esta perspectiva es especialmente significativa. En palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO, “[l]a exclusión de YATAMA de participar en las elecciones nicaragüenses de 2000 constituye un buen ejemplo de cómo unas reglas de carácter general pueden tener consecuencias discriminatorias para los pueblos indígenas y otros grupos.”⁸⁵² Por esa razón, en esta oportunidad el Tribunal considera que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que los miembros de los grupos indígenas de la zona puedan participar en los procesos de toma de decisiones políticas en igualdad de condiciones, y esto también significa que debe permitirse que lo hagan desde sus propias instituciones y según sus costumbres y modos de organización.⁸⁵³ Es decir, los Estados deben considerar de forma especial a los grupos étnicos o minoritarios, que son culturalmente distintos a la mayoría, al momento de normar los procedimientos de participación política y toma de decisiones, elaborando sistemas que tomen en cuenta sus formas de organización política y social y sus costumbres, para asegurar su participación democrática. Por tanto, no se trata sólo de que el Estado deba hacerse responsable por la violación de este derecho en este caso, sino que debe modificar su legislación electoral considerando ese objetivo. Esto se puede desarrollar de distintos modos, con mecanismos que incluyan cuotas étnicas, órganos consultivos, regiones autónomas, circunscripciones especiales, etc.

Además, en esta sentencia la CorteIDH resaltó la gravedad de la violación de este derecho al relacionar el derecho a ser elegido con el de votar, por cuanto afectó directamente a los electores, quienes no tuvieron la opción de votar por los candidatos excluidos, con lo que su derecho al sufragio se vio también limitado. Los efectos que esto tiene para la democracia en general son evidentes, pues implica un efecto negativo sobre la libre expresión de la voluntad popular y en particular al sector más representado por YATAMA, que quedó en situación de desigualdad: los miembros de ciertas comunidades indígenas. De hecho, en términos prácticos esta exclusión llevó a un abstencionismo altísimo en el electorado indígena y a varias solicitudes que pedían declarar nulo el proceso.⁸⁵⁴

5.5.4 EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Hemos dejado un apartado especial para el derecho a la consulta previa por dos motivos: primero, porque constituye un derecho reconocido especialmente para los pueblos indígenas, y segundo, porque tiene la particularidad de relacionarse con o derivar de los derechos mencionados anteriormente, pero a la vez ser uno específico.

Cuando señalamos que deriva de otros derechos, nos referimos a que, en primer lugar, es la materialización del derecho a la participación política, pues es una de las formas en que éste se puede llevar a la práctica, uno de los modos en que los miembros de las comunidades indígenas pueden ser parte de los procesos de toma de decisiones en asuntos que les atañen directamente. Por otro lado, se ha reconocido el derecho de estos pueblos a ser consultados previamente sobre todo cuando han surgido controversias por actividades industriales en sus territorios ancestrales. Es decir, deriva también de sus

⁸⁵² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L., “La OIT y los pueblos indígenas: una introducción histórica”, *op. cit.*, pp. 197-198.

⁸⁵³ CorteIDH, Caso YATAMA vs. Nicaragua, párr. 225.

⁸⁵⁴ CorteIDH, Caso YATAMA, vs. Nicaragua, 226 y 227.

derechos de propiedad sobre las tierras que han habitado tradicionalmente y sus recursos naturales. Esto, porque si su derecho de propiedad se ve restringido en pos de un proyecto industrial, el Estado debe garantizar la participación del pueblo indígena en todas las etapas de su desarrollo dentro de su territorio: debe consultarles activamente y de acuerdo con sus costumbres y considerando sus métodos tradicionales de toma de decisiones; la consulta debe hacerse en las primeras etapas del proyecto y ser de buen fe y con el fin de lograr un acuerdo.⁸⁵⁵ Además, debe garantizar que el pueblo obtenga un beneficio razonable de esa actividad, así como la realización de estudios previos de impacto ambiental y social. Los beneficios son vistos por la Corte como una compensación equitativa razonable debido a la restricción del derecho del pueblo en cuestión al uso y disfrute de sus tierras tradicionales y recursos naturales. Por esta razón, el derecho a la consulta previa se entiende también dentro de la aproximación de la CorteIDH al crucial asunto sobre la explotación de recursos naturales, que según TRAMONTANA “representa un balance factible entre estrategias nacionales de desarrollo económico y los efectos dañinos de la degradación ambiental que derivan de las actividades extractivas. Esto está perfectamente en línea con la noción ampliamente afirmada de ‘sustentabilidad’ y el enfoque de derechos humanos aplicado al desarrollo.”⁸⁵⁶

Como ya se ha analizado oportunamente, este derecho está garantizado en el Convenio 169 de la OIT, que varios Estados de la región han ratificado. Por lo mismo, son muchos los países americanos los que lo establecen en sus legislaciones internas. En este contexto, la misma CorteIDH ha afirmado que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.”⁸⁵⁷

No obstante, hay quienes no son tan optimistas al respecto, básicamente porque su puesta en práctica depende de la voluntad de los Estados. En este contexto, por ejemplo, Carlos MARTÍN BERISTAIN afirma que “en muchos países, las consultas son vistas como mecanismos meramente formales, y cuando la respuesta a estas consultas es negativa respecto la realización del proyecto, simplemente sus resultados no se consideran. Estas acciones por parte de los Estados y empresas suponen una violación clara del sentido de las consultas y de la posibilidad de que éstas sean vistas como instrumentos de participación y de inclusión social de las poblaciones afectadas en el desarrollo y las políticas públicas del país.”⁸⁵⁸

⁸⁵⁵ De hecho, según la CorteIDH, cuando se trata de proyectos de gran escala con mayor impacto en la comunidad, el Estado debe también obtener el consentimiento previo, libre e informado, de acuerdo con sus tradiciones, aspecto en el cual va más allá del Convenio 169 OIT y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

⁸⁵⁶ “In conclusion, it seems that the Inter-American Court's approach to the crucial issue of natural resources exploitation represents a workable balance between national economic development strategies and damaging effects of environmental degradation deriving from resource extracting activities. This is perfectly in line with the widely affirmed notion of 'sustainability' and the so-called humanrights approach to development.” TRAMONTANA, E., “The contribution of the Inter-American Human rights bodies...”, *op. cit.*, pp. 259-260. Traducción propia.

⁸⁵⁷ CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 164.

⁸⁵⁸ MARTÍN BERISTAIN, C., “Derecho a la reparación en los casos indígenas”, *op. cit.*, p. 325.

5.6 La Declaración Americana de los Pueblos Indígenas

Sin menospreciar el trabajo que la CIDH y la CorteIDH han llevado a cabo con respecto a la protección de los pueblos indígenas y al desarrollo de sus derechos específicos, lo cierto es que ningún documento vinculante del sistema interamericano contiene disposiciones particulares sobre estos asuntos. Como pudimos apreciar, la CADH constituye el principal instrumento de protección de derechos humanos en la región, y gracias a la interpretación de la CorteIDH se han podido aplicar sus normas a casos en que los derechos indígenas han sido violados; pero en estricto rigor, no presenta ningún artículo específico sobre ellos. Este vacío motivó la decisión de elaborar un instrumento jurídico sobre los derechos de los pueblos indígenas: una declaración que comenzó a desarrollarse en 1999 y que, después de sortear muchos inconvenientes, finalmente pudo ser aprobada recién 17 años más tarde.⁸⁵⁹ Se trata de un acontecimiento histórico, no sólo por lo largo y tortuoso que fue el camino de negociaciones, sino también porque constituye el primer instrumento americano dedicado a la promoción y la protección de los derechos indígenas en la región.

En cuanto a su contenido, debe reconocerse que la Declaración incorpora elementos muy significativos para los pueblos indígenas, pues han estado en el centro de sus principales reivindicaciones. En primer lugar, en su preámbulo la Declaración sigue las líneas de instrumentos similares al reconocer la particularidad de su identidad cultural y la contribución de ésta a la diversidad, manifestar su preocupación por las injusticias históricas que han sufrido los pueblos indígenas con sus efectos hasta la actualidad – incluyendo los despojos de tierras de modo expreso–, considerar los logros que se han llevado a cabo en los ámbitos nacionales e internacional en pos de la protección de sus derechos, y referirse a los derechos humanos y la no-discriminación como un contexto dentro del cual se enmarcan estos asuntos.

El cuerpo normativo de la Declaración está compuesto de tres secciones, comenzando con una dedicada a su ámbito de aplicación, lo que en principio debería contener una definición o al menos una descripción de los titulares de los derechos garantizados por ella. No obstante, deja esto en manos de los mismos pueblos indígenas, al señalar en su artículo 1.2 que “[l]a autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.” De esta manera, no sólo se sortean las dificultades que implica la búsqueda de un acuerdo entre los Estados en torno a un concepto muy difícil de definir, sino que además implica una victoria para el movimiento indígena, que ha reclamado constantemente por la inclusión de la autoidentificación como criterio de definición.

El artículo 2 se refiere a la pluriculturalidad, pero sólo establece que los Estados reconocen y respetan el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos originarios, pero no de esos mismos Estados, cuya diversidad cultural se debe justamente a la presencia de estos pueblos dentro de sus fronteras.⁸⁶⁰

⁸⁵⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, AG/Res. 2888 (XLVI-O/16), 14 de junio de 2016.

⁸⁶⁰ YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy, “Análisis: Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA”, 11 de junio de 2016. Disponible en el sitio web del IWGIA

La segunda sección tiene ya un título muy atractivo, pues se refiere a los “Derechos Humanos y Derechos Colectivos”, afirmando desde un principio el reconocimiento del grupo como titular de derechos en este ámbito. Concretamente, éstos quedan enunciados en el artículo 6, aunque sin mayor desarrollo de cada uno. Dentro de esta disposición, cabe destacar que, aunque se reconocen derechos que se enmarcan dentro de lo que es la autodeterminación –el derecho a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos, por ejemplo–, no se menciona el mismo derecho a la libre determinación como tal. Al respecto, cabe recordar que el derecho colectivo base de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es precisamente el derecho a la autodeterminación en su dimensión interna – como autogobierno o autonomía–. En cambio, el instrumento regional se refiere a la libre determinación de un modo muy sucinto en su artículo 3, en los mismos términos de la Declaración de la ONU al respecto.

Por otro lado, y extrañamente separado de lo anterior, en su artículo 21.1 afirma que, en el ejercicio de ese derecho, los pueblos indígenas “tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.” Es decir, la Declaración Americana separa las disposiciones referentes a la libre determinación y a la autonomía.

Además, excluye ambos conceptos de los derechos colectivos en el artículo 6, donde sólo afirma que “[l]os Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas”. A juicio de IWGIA y Observatorio Ciudadano, de esta forma se desperfila la idea de pueblo y sus efectos jurídicos en función de la integración.⁸⁶¹

Finalmente, el derecho a la autodeterminación tiene en la Declaración Americana una limitación importante que aparece justamente en el artículo siguiente (el cuarto): la integridad territorial y la unidad política del Estado. La soberanía estatal, por tanto, está por sobre la libre determinación de los pueblos indígenas. De todos modos, esta cláusula responde a las características propias del Derecho Internacional contemporáneo que ya hemos analizado oportunamente, y es difícil imaginar que los Estados recelosos de su soberanía en una época en que ésta se ve al menos cuestionada, cedan a eliminar este tipo de disposiciones. De hecho, es la tónica que hemos apreciado en la gran mayoría de los instrumentos de derechos humanos, y aunque lo hace de un modo más separado del derecho de autodeterminación pues lo ubica en su artículo 46, lo cierto es que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas también lo establece. Es más, el artículo 4 de la Declaración Americana es idéntico a ese artículo 46, cambiando sólo la incorporación de la Carta de la OEA en él. Literalmente, lo que afirma esta disposición es que:

“Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de la Organización de los Estados Americanos y a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la

<https://www.iwgia.org/es/noticias-alerta/284-archivos-de-noticias/2415-analisis-declaracion-americana-de-derechos-de-los> [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁸⁶¹ YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy, “Análisis: Declaración Americana...”, *op. cit.*

integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.”

Por otra parte, los derechos territoriales de los pueblos indígenas están reconocidos en el artículo 25 de la Declaración Americana, afirmando que éstos “tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.” Es decir, omite el derecho de propiedad ancestral de acuerdo con una ocupación histórica pero no actual de la tierra. Al respecto, recordemos que la CortelDH ya se ha manifestado a favor de este derecho, por lo que la disposición de la Declaración daría un paso atrás en un asunto bastante significativo para las comunidades originarias.

Dentro de los derechos de propiedad, el artículo 25 también se refiere al importante tema de la delimitación y los títulos de las tierras. En él, la Declaración establece que “[l]os pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación.” Por tanto, el que decide el modo de demarcar y reconocer jurídicamente los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, es el Estado, aspecto que no satisface mucho a las mismas comunidades, que consideran que es algo que les compete a ellas en ejercicio de su derecho a la autodeterminación. En este sentido, la Declaración también puede ir en retroceso de los desarrollos logrados en la jurisprudencia interamericana e incluso en las disposiciones de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Ahora bien, de todos modos hay que señalar que el mismo artículo 25 establece que el reconocimiento y la protección jurídica que los Estados deben hacer de los territorios y recursos indígenas “respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

Otro asunto que, como se ha planteado en esta investigación, está muy vinculado con los derechos territoriales, es el de la participación y dentro de esto el derecho a la consulta previa. Cabe destacar que estos dos aspectos sí están presentes en la Declaración Americana, pero no en relación con la propiedad de la tierra y los recursos. De hecho, no hay mención a la consulta previa al tratar los derechos territoriales de los pueblos indígenas, sino en otros apartados: en los referidos a su derecho a la participación (artículo 23), a la protección de su patrimonio cultural y propiedad intelectual (artículo 28) y al derecho que tienen al desarrollo (artículo 29).

En primer lugar, cuando la Declaración reconoce el derecho de estas comunidades a participar de modo efectivo en los procesos de toma de decisiones en asuntos que les atañan, señala que en pos de esto “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (artículo 23). Cabe destacar que ese consentimiento no se plantea como un requisito obligatorio cuya ausencia puede vetar una decisión; la obligación que tienen los Estados es solamente realizar esas consultas con miras al acuerdo con las comunidades, pero no deben lograrlo necesariamente.

El mismo tono se observa en el artículo 28, que se refiere a que, para la protección cultural y de la propiedad intelectual de los indígenas, los Estados realizarán consultas *encaminadas* a obtener su consentimiento.

Por último, el derecho al desarrollo establecido en el artículo 29 de la Declaración Americana está redactado de modo tal que se advierte su relación con la autodeterminación, pero ésta no se nombra expresamente. Lo que señala esta disposición de modo textual en su primer párrafo es lo siguiente:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y determinar sus propias prioridades en lo relacionado con su desarrollo político, económico, social y cultural, de conformidad con su propia cosmovisión. Asimismo, tienen el derecho a que se les garantice el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas.”

Posteriormente, la normativa se refiere al derecho de las comunidades originarias a “participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de desarrollo que les conciernen y, en lo posible, administrar esos programas mediante sus propias instituciones”. Derivado de lo anterior resulta su derecho a ser consultadas y la consiguiente obligación de los Estados a realizar estos procedimientos, expresada en el cuarto párrafo del artículo 29:

“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.”

Por tanto, está claro que la Declaración Americana reconoce el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas que ya había sido afirmado en otros instrumentos y en la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, queda desvinculado de los derechos territoriales, lo que causa al menos cierta extrañeza.

Relacionado con lo anterior, también llama la atención que la obtención del consentimiento previo no se establezca en la Declaración Americana como un requisito antes de almacenar materiales peligrosos en territorios indígenas, como sí hace la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta última, en su artículo 29 afirma el derecho de estos colectivos a “la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos.” En pos de esto, dispone en el segundo párrafo que “[l]os Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.” El artículo 19.3 de la Declaración Americana, en cambio, referido al derecho a la protección del medio ambiente sano, sólo señala que los pueblos originarios “tienen el *derecho de ser protegidos* contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas” (el énfasis es nuestro). El modo en que el Estado les proteja en este sentido, queda a su criterio, pero no está obligado a obtener su consentimiento previo a esas actividades potencialmente nocivas.

Como se puede apreciar, y como han manifestado desde el movimiento indígena, en algunos aspectos la Declaración Americana no avanzó como se esperaba e incluso

puede representar un retroceso. Sin embargo, varias de sus disposiciones representan un desarrollo muy adelantado que reconoce reclamaciones significativas para los pueblos originarios. A pesar de no vincular directamente los derechos territoriales con la libre determinación y la consulta previa, lo cierto es que reconoce esos tres derechos, que son fundamentales en sus reivindicaciones y que por lo general se enfrentan a constante rechazo por parte de los Estados para ser reconocidos. Además, y aunque no se detalle a fondo su contenido y se omitan algunos derechos importantes en la disposición que los menciona, es destacable la inclusión de un artículo referido a “derechos colectivos” de modo expreso.

Por otra parte, particularmente significativo resulta el artículo 7 acerca de igualdad de género, por cuanto se refiere a la especial situación de vulnerabilidad que sufre la mujer indígena, en lo que la Declaración se presenta bastante innovadora. Junto con esto, un aporte que también la distingue de otros documentos afines, es la protección especial que establece en su artículo 26 para los pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial.

Ahora bien, tampoco hay que olvidar que se trata sólo de una declaración. Es decir, por un lado representa un consenso muy importante –y muy difícil de alcanzar– entre los Estados de la región en torno a los derechos particulares que deben aplicarse a los pueblos indígenas. En este sentido, muestra cuál es la *opinio iuris* americana acerca de un tema muy relevante en el continente, lo que puede servir de base para la formación de un Derecho consuetudinario al respecto. También, surgiendo dentro del ámbito de la OEA, será un marco de presión moral y política para que los Estados cumplan de modo efectivo con esas disposiciones. Pero sigue siendo sólo una declaración que no tiene valor jurídico vinculante, y que por tanto tampoco tiene mecanismos eficaces de control. Se ha adoptado hace muy poco tiempo, de todos modos, por lo que sus efectos concretos aún están por verse.

5.7 Problemas en la Aplicación de los Derechos: falta de voluntad política

En el análisis anterior ha quedado claro que los derechos indígenas reconocidos en el Derecho Internacional tienen un contenido bastante definido, y en ese desarrollo el aporte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido fundamental. Como se ha visto, en las últimas décadas se ha producido un avance muy significativo al respecto en el plano normativo, por lo que los esfuerzos deberían concentrarse ahora en su aplicación en la realidad para que sean efectivos y cumplan su objetivo de modo concreto.

Esta puesta en práctica de los derechos indígenas reconocidos, implica en primer lugar la necesidad de que los Estados de la OEA que han aceptado la jurisdicción de la CorteIDH incorporen su doctrina sobre estos asuntos en sus legislaciones nacionales. De acuerdo con BERRAONDO, el artículo 62 de la CADH⁸⁶² muestra que todos los Estados

⁸⁶² El artículo 62 de la CADH señala lo siguiente: “1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al

americanos tienen la obligación de someterse a dicho tribunal, lo que implica que también deben llevar a cabo procesos de adaptación jurídica con el fin de incorporar su doctrina.⁸⁶³

No obstante, y como hemos visto que ocurre en los derechos de las minorías nacionales también, y en general en los derechos humanos, son varios los obstáculos que surgen para asegurar el cumplimiento de estas normativas por parte de los Estados, y en esto influyen factores políticos, sociales y económicos. Por eso BERRAONDO afirma que “[e]l sistema interamericano requiere urgentemente del desarrollo de mecanismos de ejecución de sus decisiones, que no queden sometidas a la voluntad política de los gobiernos, y que impulsen el cumplimiento de dichas decisiones a través de vías coercitivas y de mecanismos de sanción aplicables en los procesos de ejecución y de adaptación legislativa a su jurisprudencia.”⁸⁶⁴ Podemos ver que nuevamente se repite el mismo patrón observado en la protección de minorías nacionales, y que corresponde a una falencia importante no sólo del DIDH sino del Derecho Internacional en general, dado el conflicto entre elementos clásicos y contemporáneos al que ya hemos apuntado al comienzo de este trabajo: el factor político que constituye la voluntad de los Estados en base a sus intereses, continúa primando muchas veces sobre el factor jurídico de sus obligaciones internacionales. En este sentido, el autor afirma que hay una gran falta de voluntad de los Estados para cumplir las sentencias de la CorteIDH y validar así su jurisprudencia, lo que ha ido llevando al SIDH en general a una situación en la que se ve sobrepasado por la cantidad de demandas que van en aumento, frente a un estancamiento de los procesos por falta de personal y de recursos.

Lo anterior crea una situación bastante compleja para el goce efectivo de los derechos que formalmente reconoce y garantiza el SIDH a los pueblos indígenas. Y el problema más grave de esto es que es muy difícil encontrarle una solución, pues la causa profunda de esto es sencillamente la falta de voluntad política. Como bien plantea BERRAONDO, los derechos de los pueblos indígenas ya están reconocidos tanto en instrumentos normativos como por la jurisprudencia de tribunales internacionales; está delimitado su contenido y los Estados los conocen bien; existen organismos que hacen sus recomendaciones a los Estados para que garanticen su efectiva aplicación; hay una clara organización de las comunidades indígenas que les ha permitido plantear sus demandas y sentarse a negociar con los Estados. Lo único que falta, entonces, es que los Estados quieran cumplir con esas disposiciones que ellos mismos han establecido. Por esta razón el autor considera que esta nueva etapa en la usurpación de las tierras indígenas y de violación de sus derechos, es incluso “más cruel que las anteriores, si cabe, porque ahora los actores actúan con total impunidad, conscientes de estar provocando violaciones de derechos humanos formalmente reconocidos que están poniendo en

Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.”

⁸⁶³ BERRAONDO, M., “Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación”, *op. cit.*, p. 200.

⁸⁶⁴ BERRAONDO, M., “Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación”, *op. cit.*, p. 201.

cuestionamiento todos los sistemas, tanto nacionales como internacionales, de garantía de derechos.”⁸⁶⁵

⁸⁶⁵ BERRAONDO, M., “Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación”, *op. cit.*, pp. 203-204.

CAPÍTULO 4

LOS DERECHOS DEL PUEBLO *MAPUCHE* EN CHILE

“Cuando el indio pierde la tierra, lo demás se va con ella”
(Gabriela Mistral, *Prosa*)

1. Introducción

Chile es un Estado unitario no sólo en términos políticos sino también sociales, pues ha habido históricamente una tendencia a pensar su sociedad en términos de homogeneidad. Por eso, en el discurso y el concepto teórico de lo que es ser chileno, nunca se ha dejado espacio a la diversidad: “[l]a unidad, pensamos, nos hace fuertes y en aras de esa unidad hemos olvidado nuestras diferencias regionales, culturales y étnicas.”⁸⁶⁶ Sin embargo, como sucede en toda la región americana, el Estado de Chile tiene dentro de sus fronteras diversos pueblos originarios que habitan lo que jurídicamente es su territorio. El pueblo *mapuche* es el que más destaca entre ellos: es el que mayor población tiene y su conflictiva relación con el Estado ha acarreado uno de los mayores problemas que aquejan al país y que, siendo de larguísima data, aún no se puede solucionar y de hecho parece ir en escalada.

Según DILLEHAY, son diversos los elementos que explican por qué los *mapuche* han logrado sobrevivir tanto tiempo tras la conquista de Chile: su resistencia conjunta contra los foráneos, que se mantuvo desde el siglo XVI hasta el XIX; su dispersión demográfica en pequeñas comunidades sin organización centralizada que facilitara su dominación por parte de los invasores; su economía de subsistencia como agricultores, pescadores y seudocomerciantes; sus múltiples relaciones sociales y económicas internas y externas; su orden moral o religioso, que les ha dado mayor autoconciencia y adherencia a sus valores étnicos, y finalmente la misma dicotomía nosotros/ellos que también han mantenido los gobiernos chilenos, lo que ha aislado socialmente al indígena.⁸⁶⁷

De acuerdo con el censo del 2002⁸⁶⁸, son 692.192 personas las que pertenecen a grupos étnicos en Chile⁸⁶⁹, lo que equivale al 4,6% de la población total del país. De ellas, 604.349 se declaran *mapuche*, en lo que constituye el 87,3% de la población indígena del

⁸⁶⁶ PINTO, Jorge, *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche. De la inclusión a la exclusión*, 2ª ed., DIBAM, 2003 [2000], p. 21.

⁸⁶⁷ DILLEHAY, Tom, *Araucanía: presente y pasado*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1990, p. 133.

⁸⁶⁸ Síntesis de resultados del Censo de Población y Vivienda del 2002, www.ine.cl/docs/default-source/FAQ/s%C3%ADntesis-de-resultados-censo-2002.pdf?sfvrsn=2 [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁸⁶⁹ Para medir este aspecto, el censo anterior (de 1992) preguntaba a las personas mayores de 14 años, si se identificaba con alguna de las culturas *mapuche*, *aimara* o *rapanui*. El del 2002 amplió la lista a los ocho “grupos étnicos” que reconocía la Ley Indígena de 1993, y que posteriormente se ampliaron a nueve.

país. Conforman, por tanto, una gran mayoría dentro de esta categoría, y se localiza principalmente en la novena región del territorio chileno. Datos más recientes se encuentran en el censo del 2012⁸⁷⁰, que abarcó a más personas dentro de su posible pertenencia a un pueblo indígena, pues consideró a los mayores de 5 años. Además, enumeró a nueve grupos específicos y consideró también las alternativas “otro” e “ignorado”. Esto se reflejó en un notorio aumento de la población indígena en el país, que pasó a ser del 11,11%, pues 1.714.677 mayores de 5 años respondieron afirmativamente a esa pregunta. El porcentaje de población *mapuche*, sin embargo, disminuyó un poco, alcanzando el 84,11% de la población indígena en Chile.⁸⁷¹ La encuesta CASEN del 2013, por su parte, establece un menor porcentaje de población indígena en Chile (9,1% de la población total), pero dentro de ella coincide con la cantidad de *mapuche*, que equivaldría a un 84,4%.⁸⁷²

La imagen que en general se tiene del pueblo *mapuche* es que se trata de un grupo étnico homogéneo, lo que se debe, por un lado, a que efectivamente sus distintos segmentos comparten ciertos rasgos significativos, pero además porque esa imagen se ha construido a lo largo de la historia en base a las descripciones y definiciones que de ellos han hecho los no *mapuche*. Esto, tanto en términos de la fabricación de un relato histórico como en cuanto a las políticas que el Estado ha diseñado en relación a los *mapuche*, dirigiéndolos a su población como un todo homogéneo.

Sin embargo, y de acuerdo con MILLALEN, “[l]a característica principal de este mundo *mapuche* no es precisamente una uniformidad cultural, sino una rica diversidad acorde con las características especiales de cada espacio geográfico ocupado y las actividades económicas desarrolladas.”⁸⁷³ Así como en el pasado, actualmente pueden identificarse significativas diferencias sociales, culturales y económicas entre las distintas poblaciones que conforman una sociedad *mapuche* que José BENGUA califica como crecientemente heterogénea. De hecho, afirma que en ella pueden observarse situaciones muy distintas a la vez: por un lado, hay un sector minifundista muy empobrecido y con muy pocas posibilidades de sobrevivir y progresar mediante el trabajo agrícola, y, por otro, comunidades cuidadoras de parques naturales, depositarios del bosque nativo chileno y por tanto con grandes restricciones a la agricultura.⁸⁷⁴

⁸⁷⁰ Una síntesis de resultados del Censo de Población y Vivienda del 2012 puede encontrarse en http://estudios.anda.cl/recursos/censo_2012.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017]. Ahora bien, este instrumento no cumplió con los estándares para que sea denominado como censo, por lo que este año 2017 se realizó otro, cuyos resultados definitivos deberían publicarse el 22 de diciembre (éste pregunta por pertenencia a un pueblo indígena u originario, y se dirige a todas las personas).

⁸⁷¹ Esto puede deberse, entre otros factores, a la inclusión de un grupo étnico más en la lista que establecía la pregunta: la comunidad diaguita, que alcanzó un 2,53% de la población indígena total en el país.

⁸⁷² Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN), Ministerio de Desarrollo Social, 2013.

http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/documentos/Casen2013_Pueblos_Indigenas_13mar15_publicacion.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁸⁷³ MILLALEN, José, “La sociedad mapuche prehispánica: *Kimün*, arqueología y etnohistoria”, en Pablo MARIMÁN, Sergio CANIUQUEO, Rodrigo LEVIL y José MILLALEN, *i...Escucha, winka...! Cuatro ensayos de Historia Nacional Mapuche y un epílogo sobre el futuro*, Lom Ediciones, Santiago, 2006, pp. 17-52, p. 49.

⁸⁷⁴ BENGUA, José, “La agricultura y la población mapuche”, en José BENGUA (ed.), *Mapuche. Procesos, políticas y culturas en el Chile del Bicentenario*, Catalonia, Santiago de Chile, 2012, pp. 75-111, p. 109.

A pesar de esa diversidad interna, hay elementos centrales de la cultura *mapuche* que comparten todas sus poblaciones, y quizás el más determinante es la importancia que en ella tiene la tierra o, más acertadamente, el territorio. Hemos visto que se trata de un factor esencial para los pueblos indígenas en general, pero en este caso cobra aun más significado: el nombre del pueblo, de hecho, demuestra esa íntima relación, pues *mapu* quiere decir territorio y *che* significa gente o persona. Además, el concepto de *mapu* o territorio no se reduce únicamente a la tierra física sino que corresponde más a una idea amplia de cosmos, que se aplica a todas las dimensiones de la vida.

Lo anterior no se refleja sólo en su religión o en aspectos simbólicos, en la relevancia cultural que puede tener la tierra para el pueblo *mapuche*, sino también en su rol material como eje de su economía y fuente de sustento, pues han sido históricamente una comunidad vinculada al trabajo de la tierra como principal actividad económica, a la agricultura. Dentro de esto, cabe mencionar de todos modos, que puede apreciarse en los *mapuche* una tendencia a la producción, en lo que BENGOA considera “una combinatoria virtuosa de autosubsistencia y orientación a los mercados” que muestra “mejorías sustantivas en rendimientos, en adaptación de nuevos cultivos, en mejoramiento de infraestructura productiva, en fin, en la importancia que tiene la agricultura para esas comunidades y familias.”⁸⁷⁵

No obstante esos avances, en la región de La Araucanía, por ejemplo, donde se encuentra la mayoría de la población *mapuche* del país, sus miembros son principalmente agricultores con tierras estrechas y poco productivas. Como se verá más adelante, esto se explica por una larga historia de despojos y arrinconamiento territorial, y les ha llevado a tener que centrarse en la economía de subsistencia.

Por lo tanto, lo cierto es que una parte importante de los *mapuche* vive en condiciones de pobreza. Según la encuesta CASEN del 2013 ya citada, un 31,2% de la población indígena está en situación de pobreza. Si bien esta cifra ha disminuido con respecto a años anteriores, es preocupante notar que es superior a la de la población no indígena, que sólo tiene un 19,3% en dicha condición. La brecha entre ambos grupos es de casi 12 puntos porcentuales, permaneciendo prácticamente igual que quince años atrás.

Por otro lado, y tal como vimos que ocurre con los gitanos en España, a esa precariedad socioeconómica se suma la grave discriminación sociocultural que sufre el pueblo *mapuche* en Chile, que se arrastra desde hace siglos y se mantiene hasta hoy, pues “sigue siendo el grupo social más discriminado, pobre y marginalizado del país.”⁸⁷⁶ La imagen que el resto de la población se ha hecho de este colectivo ha cambiado a lo largo de la historia del país, pero sólo en un comienzo fue positiva: en la época de independencia, a principios del siglo XIX, se veía al araucano como un indio heroico que había luchado contra el conquistador español. Sin embargo, cuando comenzó a formarse el Estado y la nación, se apostó por la civilización y la modernidad, a costas de la cultura originaria: así, el *mapuche* pasó a verse como un bárbaro que se oponía irracionalmente a este desarrollo. Durante la primera mitad del siglo XX se impulsó la colonización criolla y extranjera en el sur de Chile, pues se instauró una imagen del *mapuche* como flojo y vago, al que hubo que reducir para sacar provecho de sus tierras. Dado que este proceso le llevó a la pobreza, surgió la intención de rescatar de su miseria a un indígena al que se

⁸⁷⁵ BENGOA, J., “La agricultura y la población mapuche”, *op. cit.*, p. 109.

⁸⁷⁶ BENGOA, José, “Los mapuches: historia, cultura y conflicto”, *Cahiers des Amériques Latines*, n° 68, 2011, pp. 89-107, p. 91.

miraba con lástima y paternalismo, planteando la necesidad de integrarlo a la sociedad y al mercado. Finalmente, en el siglo XXI cambia la visión que se tiene del *mapuche* hacia la del indio rebelde, atrevido e incluso terrorista, en un contexto de mayor radicalidad y violencia en la lucha por sus derechos, pues ya no sólo exige mejores condiciones, sino además autonomía y autodeterminación.⁸⁷⁷

Esta marginación del pueblo *mapuche* ocurre no sólo a nivel social sino también en su relación con el Estado, pues éste ha mantenido tradicionalmente una actitud muy cerrada ante sus necesidades y demandas.

Todos estos factores han llevado a una situación muy compleja en la región de La Araucanía, en la que el movimiento *mapuche* ha radicalizado sus reclamaciones en contenido y medios. De acuerdo con CONTESE, “no es la pobreza lo que determina la radicalidad de los grupos socialmente organizados (...), sino, en verdad, la lejana situación en que se encuentran estas personas frente a un más o menos amplio grupo social; su condición de marginalidad socioeconómica, de no sentirse parte del mismo *demos*, de no compartir el presente, una historia ni un futuro común con el resto de la sociedad, es lo que permite cimentar la pérdida de confianza en la democracia como mecanismo de adopción de decisiones que les afectarán y que puede determinarlas, a fin de llamar la atención sobre su desaventajada posición, a ejercer métodos de protesta social que ponen en entredicho las instituciones democráticas.”⁸⁷⁸

El marco jurídico con el que cuenta el pueblo *mapuche* para reclamar el ejercicio de sus derechos en Chile es muy débil en este sentido. Si bien el Estado ha ratificado la mayoría de los tratados internacionales más relevantes sobre derechos humanos y derechos indígenas, su aplicación en la realidad nacional ha sido bastante deficiente. Se ha afirmado anteriormente, que estos instrumentos por lo general sólo establecen estándares mínimos y directrices programáticas, pero que dejan un margen discrecional muy amplio para el Estado para llevarlos a cabo en sus realidades. En este contexto, la falta de voluntad política que históricamente han demostrado las autoridades chilenas para mejorar su relación con el pueblo *mapuche* y dar solución efectiva a sus demandas, ha conducido a una aplicación de esos acuerdos internacionales que no es acorde con sus fines y objetivos, quedando por debajo de los estándares que la comunidad internacional ha establecido en materia de derechos de los pueblos originarios.

En este sentido, Chile se encuentra bastante atrasado con respecto a los procesos que se han desarrollado en América Latina, donde –como se mencionó en el tercer capítulo de esta investigación– puede apreciarse un “modelo multicultural en ciernes”⁸⁷⁹, que incluye el reconocimiento del Estado como multicultural, la incorporación del derecho consuetudinario, la protección de los territorios ante el desarrollo, la valoración de las lenguas originarias, y la educación intercultural.⁸⁸⁰

⁸⁷⁷ HERNÁNDEZ, Isabel, *Autonomía o ciudadanía incompleta: el pueblo mapuche en Chile y Argentina*, Pehuén, Santiago de Chile, 2003, pp. 263-264.

⁸⁷⁸ CONTESE, Jorge, “La rebelde democracia. Una mirada a la relación entre los mapuche y el Estado chileno”, en Roberto SABA (ed.), *Los límites de la democracia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 239-258, p. 245.

⁸⁷⁹ VAN COTT, Donna Lee, *The friendly liquidation of the past...*, op. cit., p. 265.

⁸⁸⁰ Sobre el atraso de Chile en comparación con su contexto regional, puede consultarse AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera, Temuco, 2004. El libro recopila varias de las ponencias presentadas en un seminario internacional sobre el tema realizado el 2003, que contó con la presencia de muchos especialistas en derechos humanos y derecho indígena,

El panorama descrito tiene sus orígenes muy lejos en el tiempo, pues algunos aspectos se originan en el encuentro entre españoles e indígenas al llegar los primeros a Chile en el siglo XVI, y otros muy relevantes en la relación que el Estado de Chile tuvo con las comunidades *mapuche* desde sus orígenes como tal, y que rompió con cierta armonía que había en la región entre las sociedades hispano-criolla e indígena, y ciertamente acabó con la autonomía que ejercían los araucanos en sus territorios ancestrales. Por esta razón se estudiará antes que todo el desarrollo histórico que han tenido las relaciones entre el pueblo *mapuche* y el *winka*⁸⁸¹, pues sólo a partir de ella se puede entender la situación actual.

incluyendo al Relator Especial de Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen. Si bien para entonces Chile no había ratificado el Convenio nº 169 de la OIT –blanco de numerosas críticas en la obra–, muchos de los aspectos señalados como muestra del atraso del país en estos asuntos, siguen estando pendientes.

⁸⁸¹ *Winka*, en mapudungún, –o su castellanización “huinca”– se refiere al no-*mapuche*: “denomina al hombre, en término de género, que son hispanos o hispanos criollos, en el caso de las mujeres se les denomina *chiñura* (...). Utilizamos la categoría de *winka* para identificar a las sociedades hispano-criollas (chilena y argentina) que se han relacionado con la sociedad mapuche de manera antagónica, generando una frontera étnica, a partir de la cual ambos actores se han categorizado ideológicamente, pero al mismo tiempo, han planteado una esencia de lo que es uno y el otro...” CANIUQUEO, Sergio, “Siglo XX en *Gulumapu*: de la fragmentación del *Wallmapu* a la unidad nacional *mapuche*. 1880 a 1978”, en Pablo MARIMÁN, Sergio CANIUQUEO, Rodrigo LEVIL y José MILLALEN, *i...Escucha, winka...! Cuatro ensayos de Historia Nacional Mapuche y un epílogo sobre el futuro*, Lom Ediciones, Santiago, 2006, pp. 129-217, p. 129, nota al pie.

2. Historia del Pueblo Mapuche y su relación con el Estado de Chile

“Lo que pasó con el Estado, la nación y el mundo indígena en el Chile del siglo XIX tiende a probar que la política de la exclusión, tarde o temprano, deriva en conflictos de proyecciones incalculables.”

(Jorge Pinto, *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche.*)

2.1 Orígenes y Encuentro con los Españoles

Se ha debatido bastante acerca del origen de los *mapuche*, sin llegar a un acuerdo general, por lo que es relativamente incierto. Los primeros estudios que surgieron en Chile al respecto partieron de algunas hipótesis que en la primera mitad del siglo XX planteaban que provenían desde lo que hoy es Argentina, al otro lado de la cordillera de Los Andes, y que se habían asentado en territorio chileno unos cien o doscientos años antes de la invasión de los incas. La tesis más conocida dentro de esta perspectiva es la que planteó Ricardo LATCHAM en los años '20⁸⁸², la cual fue seguida, entre otros, por Francisco Antonio ENCINA.⁸⁸³

Posteriormente, y tras haber encontrado evidencia de asentamientos humanos anteriores en el actual territorio chileno, estos planteamientos han sido totalmente desechados, revirtiendo incluso el curso de las migraciones.⁸⁸⁴ MILLALEN, por ejemplo, afirma que en lo que los *mapuche* llaman el *wallmapu*⁸⁸⁵ la arqueología ha probado que la presencia del hombre tiene cerca de 33.000 años de antigüedad, y que puede encontrarse un grupo de cazadores recolectores establecidos en el sur, cerca de Puerto Montt, hace 12.500 años.⁸⁸⁶ HERNÁNDEZ también asegura que “en Chile, hay constataciones arqueológicas de vida humana anterior a los 12.000 a.C.”⁸⁸⁷ DILLEHAY sitúa

⁸⁸² LATCHAM, Ricardo, “El origen de los araucanos”, en *La organización social y las creencias religiosas de los antiguos araucanos*, Publicaciones del Museo de Etnología y Antropología de Chile, vol. III, Santiago de Chile, 1924, pp. 254-268.

⁸⁸³ ENCINA, Francisco Antonio, *Historia de Chile*, tomo I, cap. III, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1954.

⁸⁸⁴ Tomás GUEVARA, por ejemplo, uno de los primeros en contrariar a LATCHAM, señaló en 1928 que los araucanos argentinos proceden de araucanos chilenos, los cuales están en las pampas desde el siglo XVI. “Sobre el origen de los araucanos”, *Revista Chilena de Historia y Geografía*, tomo LIX, 1928, pp.128-168.

⁸⁸⁵ *Wallmapu* significa “país *mapuche*”, es el espacio histórico constituido por el *Gulumapu* –“tierra del oeste”, territorio al oeste de la Cordillera de los Andes, en el Chile actual– y el *Puelmapu* –“tierra del este”, actual Argentina–.

⁸⁸⁶ MILLALEN, J., “La sociedad mapuche prehispánica...”, *op. cit.*, pp. 48-49.

⁸⁸⁷ HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, *op. cit.*, p. 82.

la existencia de una sociedad de base cazadora-recolectora desde un momento algo menos alejado en el tiempo (8000 a.C.), compuesta de bandas relativamente móviles con una cultura material simple, más pequeñas de los grupos horticultores y agricultores y sin liderazgo formal permanente. Sin embargo, para hablar de la existencia de una cultura *mapuche* habría que centrarse quizás en el principal cambio institucional que se puede ver en esta sociedad –la práctica de la horticultura de subsistencia–, lo que se dio recién entre el 500 y el 1.550 de nuestra era.⁸⁸⁸

HERNÁNDEZ, en cambio, sostiene que, de acuerdo con restos líticos y evidencias de rituales funerarios, ya hacia el año 600 a.C. existía una cultura *mapuche* en el territorio⁸⁸⁹, afirmación que comparte BENGGA: para él, los cazadores, recolectores de moluscos y frutos, pescadores de ríos, lagos y mares, ocupaban algunas zonas de modo permanente y, siendo la base del asentamiento *mapuche*, pueden ser denominados como cultura *mapuche* ya en ese momento.⁸⁹⁰

Lo cierto es que en general se acepta que hubo una ocupación continua de la zona, en la cual la adaptación al medio impulsó desarrollos específicos que desembocaron en la conformación de una cultura más homogénea alrededor del año 1000. Es en este momento donde la mayor parte de los estudiosos sitúa el surgimiento de la cultura *mapuche*.

Cuando llegaron los españoles en el siglo XVI, los *mapuche* ocupaban ya un territorio bastante amplio, aunque con algunos grupos sometidos al incanato en el actual centro del país. Además de las actividades mencionadas, para ese entonces los *mapuche* comenzaban a dedicarse también a una incipiente agricultura y a la ganadería. Por lo tanto, puede afirmarse que hasta entonces “la sociedad *mapuche* se desarrolló en la abundancia.”⁸⁹¹ A diferencia de la imagen colectiva que se tiene de ellos, lo cierto es que supieron aprovechar las ventajas de su territorio, y conformaron una economía diversa y sustentable: no fue monoprodutora ni se centró en un solo rubro que agotara los recursos.

Ahora bien, la palabra *mapuche* propiamente tal, utilizada para la autodenominación étnica de esta cultura, es bastante posterior: algunos autores han demostrado su uso hacia fines del siglo XVIII, pero otros incluso sostienen que su uso generalizado recién puede observarse en el siglo XX. En el pasado les era más funcional denominarse según sus patrones de ocupación territorial, lo que les ayudaba a reconocer al otro en sus relaciones económicas, religiosas y espirituales. La autodeterminación *mapuche* por parte de los miembros de esta sociedad, por tanto, “constituye su propio proceso de maduración y construcción identitaria colectiva, proceso en el cual tiene mucho que ver la interacción con el otro”.⁸⁹²

El origen de la palabra “araucano” para denominar a sus integrantes proviene de la zona de Arauco, cuyo nombre, a su vez, se debe al parecer a un río llamado Rauco, al sur de Concepción. Los *mapuche* que habitaban este sector se llamarían “raucos”, y los

⁸⁸⁸ DILLEHAY, T., *Araucanía...*, op. cit., p. 37.

⁸⁸⁹ HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, op. cit., p. 82.

⁸⁹⁰ BENGGA, José, *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX*, 7ª edición corregida, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 2008 [2000], p. 18.

⁸⁹¹ MARIMÁN, Pablo, “Los mapuche antes de la conquista militar chileno-argentina”, en Pablo MARIMÁN, Sergio CANIUQUEO, Rodrigo LEVIL y José MILLALEN, *i...Escucha, winka...! Cuatro ensayos de Historia Nacional Mapuche y un epílogo sobre el futuro*, Lom Ediciones, Santiago, 2006, pp. 53-125, p. 57.

⁸⁹² MILLALEN, J., “La sociedad mapuche prehispánica...”, op. cit., p. 35.

españoles les llamaron “Arauco” y “Araucanos”, extendiéndose ese nombre a todos los *mapuche*.⁸⁹³ Es, por tanto, un nombre castellano; ellos mismos se denominaban *mapuche*.

Hay un acuerdo general entre antropólogos, historiadores y especialistas en temas indígenas, sobre la cantidad de *mapuche* que había cuando llegaron los conquistadores: aproximadamente un millón de personas. Esto implica que “el territorio estaba densamente poblado, con habitantes asentados establemente en sus lugares, o con migraciones y nomadismo mínimo y ordenado, y que había un volumen de recursos capaces de sostenerlos y mantenerlos.”⁸⁹⁴ Como se ha señalado, su economía se basaba en la caza, la recolección de frutos y mariscos, la pesca, la ganadería (crianza doméstica y de autoconsumo) y la horticultura de claros de bosque. Esta última consistía en una técnica de tala y roce basada en la quema controlada de terrenos boscosos para sembrar con fertilizantes en forma de cenizas. Después de la cosecha, se deja el terreno en barbecho, y luego la renovación del bosque cierra el ciclo, que puede repetirse por decenas de años, según las condiciones del suelo y el clima. Por ende, aunque sea muy productiva, es una forma de agricultura incompatible con asentamientos muy densamente poblados, pues necesita grandes extensiones de tierra por asentamiento.⁸⁹⁵

Las actividades mencionadas pueden ser desarrolladas por una familia, un clan o una aldea, que son los que normalmente ocupan las tierras, sin que surja una autoridad política centralizada que controle sus recursos. De hecho, la única institución social permanente que se observa en la sociedad *mapuche* es la familia extensa, compuesta por todos los descendientes masculinos del jefe o padre de familia: el progenitor, sus hijos, las esposas de sus hijos, sus nietos y otros parientes.⁸⁹⁶ Es, por tanto, una familia extensa y compleja, que además constituía la base de su economía, cuya estructura se reducía a las necesidades de cada familia: en ella se producía una división del trabajo (por sexo, edad o habilidades) y los alimentos se distribuían y consumían dentro de ella. Por tanto, “el sistema de relaciones de parentesco se constituía así en una institución total, donde las pertenencias a grupos se definían precisamente a través de ellas y las diferenciaciones de roles sólo serían posibles dentro de las dimensiones del sexo, la generación y el linaje.”⁸⁹⁷ No había, entonces, una gran comunidad *mapuche*, pues sus órganos vivían dispersos, sin conformar pueblos.

Este tipo de organización implicaba la ausencia de diferenciación social, por lo que no se necesitaba un sistema de gobierno más allá de la familia. De ese modo, no había una organización política permanente, aunque se establecían procedimientos para regular los conflictos internos con el fin de aplicar justicia y hacer las paces, así como un sistema de alianzas permanentes o circunstanciales.⁸⁹⁸ Éstos, sin embargo, no constituían una organización social y política permanente; es decir, no hay un sistema de poder especializado fuera de la familia, que ejerza control sobre grandes grupos o territorios: “[e]l grado de complejidad a que había llegado la sociedad mapuche, los abundantes recursos que tenía a su disposición, la relación, en fin, que establecía con la naturaleza, el

⁸⁹³ BENGOA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., pp. 22-23, nota al pie.

⁸⁹⁴ BENGOA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 21.

⁸⁹⁵ DILLEHAY, T., *Araucanía...*, op. cit., pp. 42-45.

⁸⁹⁶ DE RAMÓN, Armando, *Historia de Chile. Desde la invasión incaica hasta nuestros días (1500-2000)*, Catalonia, Santiago de Chile, 2003, p. 27.

⁸⁹⁷ CISTERNAS Alvarado, Patricio, “Estructura social y dinámica segmentaria en Araucanía”, *Revista de Historia Indígena*, nº 1, 1996, pp. 65-77, p. 66.

⁸⁹⁸ DE RAMÓN, A., *Historia de Chile...*, op. cit., pp. 27-28.

ordenamiento natural y biológico que se daba al interior de la gran familia, no requería de la existencia de gobernantes, de principados y reinados.”⁸⁹⁹

Era, en fin, una sociedad simple e igualitaria, que vivía con recursos abundantes que permitieron la salud y robustez de sus miembros, y en condiciones que favorecieron una relación armónica con la naturaleza y una convivencia pacífica entre sus familias: no había conflictos por la propiedad territorial, por ejemplo, robo de alimentos ni esclavitud de hombres.

Según MILLALEN, la relación entre cierto número de familias nucleares podía originar un *lof*, unidad sociopolítica y territorial encabezada por el *lonko* (cabeza o jefe), con jurisdicción para discutir asuntos internos y externos,⁹⁰⁰ y a partir de la cual se articulaban orgánicas más amplias como los *rewe*, *aylla rewe* y *fütalmapu*. Aunque se puede decir que estas estructuras venían desarrollándose antes de la conquista española, MILLALEN reconoce que ésta acelera el proceso de articulación, con lo que cristaliza “la ancestral identidad de los territorios y su población para transformarse paulatinamente en unidad políticosocial permanente de la sociedad *mapuche*”⁹⁰¹.

En todo caso, el impacto que tuvo la invasión española en la sociedad *mapuche* fue mucho mayor y en todo ámbito, cambiando drásticamente varias de sus características esenciales: se incorporaron nuevos alimentos, el uso del caballo⁹⁰², la ganadería —que pasó a ser después su actividad principal—, y la población se vio fuertemente afectada por distintas pestes que la disminuyeron. Lo que sí pudieron mantener los *mapuche* son algunos aspectos de su cultura, tales como sus instituciones ancestrales o la costumbre de no conformar pueblos sino de vivir cada familia separada de las otras, por ejemplo.⁹⁰³

⁸⁹⁹ BENGOA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 30.

⁹⁰⁰ El *lof* ha sido reemplazada por el presidente de la comunidad indígena, quien la representa legalmente frente al Estado. A su juicio, este cambio “desplaza a las autoridades ancestrales por la necesidad de constituir una autoridad que el Estado reconozca como legítima.” SANHUEZA, Cristián, Daniel SABER, James CAVALLARO, Jorge CONTESE y César RODRÍGUEZ GARAVITO, *No nos toman en cuenta: pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2013, p. 22.

⁹⁰¹ MILLALEN, J., “La sociedad mapuche prehispánica...”, op. cit., pp. 38-43.

⁹⁰² “El caballo fue, sin duda, el préstamo cultural que dejó la más fuerte huella en el modo de vida indígena. Su importancia se explica no sólo por su utilización como arma en la guerra de Arauco, sino también por su calidad de vehículo de desplazamiento y objeto de intercambio. A partir del último tercio del siglo XVI, los araucanos comenzaron a usar el caballo en forma creciente y continuada, haciéndose cada vez más diestros en su manejo y más interesados en aumentar las disponibilidades de estos animales. Aprendieron a reproducirlos y a cuidarlos y se transformaron en excelentes jinetes.” CASANOVA, Holdenis, *Las rebeliones araucanas del siglo XVIII. Mito y realidad*, Ediciones Universidad de La Frontera, Temuco, 1989, p. 33.

⁹⁰³ Según Isabel HERNÁNDEZ, los *mapuche* aborrecían esa “frenética labor de ‘fundar pueblos’, como sinónimo de conquista del territorio, propia de los españoles”, que además no cabía dentro de su imaginario social (*Autonomía o ciudadanía incompleta...*, op. cit., p. 95). Por otro lado, DE RAMÓN plantea que estas fundaciones “deben ser vistas a la luz del proyecto colonizador de Valdivia, quien pensaba que la zona donde habitaba el pueblo mapuche, precisamente por tener un gran número de habitantes y a la vez muchas riquezas, incluido el oro, debía dedicarse sólo a la explotación de éstas” (*Historia de Chile...*, op. cit., p. 28) Y, como veremos más adelante, el modelo de explotación occidental de los recursos naturales es algo que desde entonces chocó con el uso equilibrado que hacían los *mapuche* de ellos, divergencia que se mantiene hasta la actualidad y que, en el caso *mapuche* especialmente, explica en buena medida el conflicto que hay entre este pueblo y el Estado.

En consecuencia, el nivel de desarrollo y las características de la sociedad *mapuche* que se observan en el momento en que llegan los españoles, explican también su fuerte resistencia a ser conquistados por ellos: “no había sufrido aún en plenitud la revolución agrícola y, por lo tanto, no se había asentado totalmente en comunidades productoras sedentarias. Continuaba poseyendo la libertad del cazador-recolector, que no obedece a horarios, tiempos y días de trabajo, que no está habituado al trabajo sistemático propio de las culturas agrarias. (...) Pero el pueblo mapuche tampoco estaba en el estado evolutivo de las ‘bandas de cazadores’, sin organización ni asentamiento alguno. Por lo general, esos pueblos huyeron frente a los invasores. En este caso existía una población equivalente a la de una sociedad agraria, un asentamiento estable (sentimiento de lugar propio, de territorio) y, por lo tanto, recursos de guerra –guerreros– para hacer frente a los invasores.”⁹⁰⁴

El comienzo de lo que la disciplina histórica después denominó como “guerra de Arauco”⁹⁰⁵ se puede situar muy poco tiempo después de llegados los conquistadores, siendo la batalla de Andalién en 1550, el primer enfrentamiento entre éstos y los indígenas, que sirvió para dibujar una frontera territorial: unos 500.000 *mapuche* se ubicarían desde el río Bío-Bío hacia el sur.⁹⁰⁶ Su población comenzó a disminuir tempranamente, ya sea defendiendo sus territorios de los conquistadores, o como víctimas de la “guerra bacteriológica” por las epidemias que trajeron los españoles, como el tifus o la viruela. De ese modo, llegaron a ser menos de 200.000 los *mapuche* del sur de Chile, cifra que recién comenzó a aumentar a fines del siglo XX.⁹⁰⁷ A pesar de eso, en 1598 vencieron en Curalaba, fijando la frontera con los españoles en el Bío-Bío, con lo que todas las ciudades fundadas hacia el sur (Angol, La Imperial, Villarrica, Valdivia, Osorno y Santa Cruz de Loyola) quedaban bajo dominio indígena.

No obstante, el conflicto permanente continuó mermando la población *mapuche* en número y en condiciones de vida, considerando los cambios en su hábitat, sus costumbres, la desnutrición a causa de la pérdida de tierras de cultivo que les fueron confiscadas, los desplazamientos poblacionales y la imposición del trabajo forzado. Todo esto, en una situación casi de esclavitud, que en algunos aspectos recuerda también las vejaciones sufridas por los romaníes que se han relatado en el segundo capítulo de esta investigación. Por ejemplo, “la Real Cédula del 16 de abril de 1625 autorizaba a enfrentar de forma sanguinaria a los indígenas rebeldes, cautivarlos, repartirlos, marcarlos con hierro caliente en la frente y venderlos dentro y fuera de cada jurisdicción.”⁹⁰⁸

⁹⁰⁴ BENGOA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, *op. cit.*, p. 25.

⁹⁰⁵ La historiografía tradicional se había referido siempre a la guerra de Arauco como un enfrentamiento permanente entre españoles y *mapuche*, que duró casi 350 años hasta la “pacificación” de La Araucanía en 1883. Pero en las últimas décadas del siglo XX se planteó un enfoque que establecía dos etapas distintas en su desarrollo: entre 1536 y 1655, un periodo bélico; desde entonces hasta el final, uno más pacífico, de relaciones comerciales entre hispanocriollos e indígenas, así como políticas, a través de los parlamentos (se mantuvieron las incursiones *mapuche* a tierra de españoles –los “malones– y las de españoles a tierras *mapuche* –las “malocas”–).

⁹⁰⁶ Los especialistas y la mayoría de los testimonios de la época concuerdan en esta cifra, la cual, al ser bastante elevada, “explica el enorme interés de los conquistadores por asentar la nueva colonia en estas tierras ya que la alta concentración de población, a semejanza de lo ocurrido en México y Perú, permitía una explotación intensiva de sus riquezas naturales.” DE RAMÓN, A. *Historia de Chile...*, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁰⁷ BENGOA, J., “Los mapuches: historia, cultura y conflicto”, *op. cit.*, p. 94.

⁹⁰⁸ HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, *op. cit.*, p. 100.

Todos estos factores fomentaban aun más los alzamientos *mapuche*, cuyas causas “fueron siempre las mismas: la crueldad de los Encomenderos, el peligro de extinción de los pueblos nativos, el descubrimiento de minas o nuevos sitios de utilización masiva de mano de obra, con el consiguiente horror a su inhumana explotación...”⁹⁰⁹

Tras innumerables y sangrientas batallas, y gracias a la influencia de las ideas humanitarias del jesuita Luis de Valdivia, se firmó la paz en el Parlamento de Quilín en 1641. Cabe destacar un elemento muy importante de este acontecimiento, que hasta hoy recuerda el pueblo *mapuche* como base de sus demandas por territorios ancestrales: en este acuerdo, el Rey de España reconoció las fronteras establecidas y la independencia de los indígenas. Se reconocían las autoridades *mapuche*, se establecía el libre comercio en la frontera y se sellaba la alianza entre los indígenas y la Corona. Esta situación se mantuvo hasta 1881, pues además todos los parlamentos posteriores tuvieron como base fundamental los puntos principales del de Quilín.

Por consiguiente, a partir de entonces se constituyó formalmente el territorio *mapuche* como un espacio que no pertenecía a la Capitanía General de Chile. Los parlamentos constituían instancias de entendimiento entre las partes, por lo que puede hablarse de un segundo periodo en la guerra de Arauco⁹¹⁰, caracterizado por relaciones fronterizas pacíficas que permitieron el desarrollo de un complejo entramado de relaciones sociales y comerciales muy dinámicas. Esto impulsó una transformación en la economía *mapuche*, que incorporó actividades como la textil y el tráfico de sal para elaborar charqui, pasando así de una economía recolectora a una productiva. Según PINTO, “para el siglo XVIII podemos afirmar que la economía indígena y la economía capitalista se habían convertido en dos economías complementarias y dependientes.”⁹¹¹ Por tanto, paz y comercio eran complementarios, pues la primera generaba condiciones favorables para el segundo, dibujándose un cuadro dinámico de relaciones fronterizas sociales y económicas que, mientras se iban haciendo más permanentes, posibilitaron el surgimiento del “conchavo” o intercambio de bienes: “a cambio de baratijas y fundamentalmente hierro, vino y aguardiente, los indígenas proporcionaban alimentos, pellones⁹¹², ganado, frazadas⁹¹³ y ponchos⁹¹⁴, siendo estos últimos tan importantes que su comercialización se realizaba en todo Chile y aún se remitían a Perú.”⁹¹⁵ A pesar de los intentos de las autoridades por prohibir este tráfico, el comercio fronterizo se fue intensificando con el tiempo, lo que ayudó también a la integración interna en La Araucanía y una articulación con la economía colonial general que dio importantes beneficios a la región.

Ciertamente la frontera no se respetaba siempre: los *mapuche* la traspasaban para robar ganado o castigar a algún comerciante fraudulento, y a veces los soldados llevaban a cabo operaciones más allá de los fuertes. No obstante, eran acciones

⁹⁰⁹ HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, op. cit., p. 102.

⁹¹⁰ BENGÓA divide este periodo en dos fases: la primera –hasta el Parlamento de Negrete en 1726– fue más violenta, pero en la segunda –hasta el Parlamento de Negrete de Ambrosio O’Higgins en 1810– hubo un relativo respeto por la frontera, y así cierta paz y estabilidad. *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 37.

⁹¹¹ PINTO, J., *La formación del Estado y la nación...*, op. cit., p. 36.

⁹¹² El pellón de un cuero curtido que se usa sobre la silla de montar para andar a caballo.

⁹¹³ Manta de cama gruesa que proporciona calor.

⁹¹⁴ El poncho es una prenda de abrigo que consiste en una manta cuadrada o rectangular, hecha de lana, que tiene al medio una abertura para pasar la cabeza, y cuelga de los hombros hasta más abajo de la cintura.

⁹¹⁵ CASANOVA, H., *Las rebeliones...*, op. cit., p. 34.

esporádicas que no perturbaban el equilibrio en la zona. Algunos conflictos mayores se dieron principalmente por la molestia y resistencia de los indígenas ante la imposición de los conquistadores de vivir en pueblos, convertirlos a la fe cristiana y practicar la monogamia, por ejemplo.⁹¹⁶ Esto creó algunos momentos de inestabilidad, que de todas formas eran salvados por la realización de los parlamentos. Los principales fueron dos rebeliones de los aborígenes, a causa de las mismas relaciones fronterizas, por su molestia ante los abusos de algunos capitanes de amigos en sus relaciones comerciales con ellos.⁹¹⁷ El levantamiento de 1723, por ejemplo, tuvo corta duración y no pasó a mayores, siendo resuelto en el Parlamento de Negrete de 1729, que siguió las mismas líneas generales del de Quilín: reconocimiento de la frontera y consiguiente independencia del territorio *mapuche*, aunque los indígenas se reconocían vasallos del Rey de España y enemigos de sus enemigos, y aceptaban ser bautizados.

Una novedad que incluyeron los acuerdos de Negrete fue la regulación del conchavo con el fin de evitar conflictos. Así, los puntos que se establecen en este parlamento demuestran que la sociedad fronteriza había desarrollado un sistema de relaciones muy complejo entre hispanocriollos y *mapuche*, tratando de regular el comercio, la evangelización de los misioneros, el tránsito entre los territorios y la aplicación de justicia ante determinados delitos, entre otros.⁹¹⁸

El segundo alzamiento araucano también se origina en estas relaciones fronterizas, pero a causa de la política fundacional que impulsaron los Borbones dentro de sus reformas ilustradas en América en general, para controlar de mejor manera a las poblaciones que habitaban sus territorios de ultramar. Esto se abordó mediante dos tipos de medidas: la fundación de nuevas villas en territorios de población española, y la reducción a pueblos de los indígenas, que se creía viable por las condiciones pacíficas que había en la región. Esto último tenía el propósito de controlarlos e insertarlos en la sociedad a través de la educación y evangelización, pues se les veía como bárbaros infieles a los que había que sacar de ese estado. Esto se intentó a través de medidas que no gustaron a los *mapuche*, como la obligación de ir a misa y de cambiarse de domicilio. Por tanto, para los naturales su reducción implicaba el fin de su libertad y sus costumbres tradicionales y modos de vida, incluyendo sus creencias y su organización social basada en unidades familiares dispersas. Así, en 1766 se rebelaron incendiando las casas de los pueblos que comenzaban a formarse, persiguiendo a los pobladores hispanocriollos y profanando las iglesias. Apenas se paralizó la fundación de pueblos, terminó también el levantamiento indígena, por lo que no tuvo efectos muy graves. En palabras de CASANOVA,

⁹¹⁶ “La sociedad mapuche tenía dos principios de ordenamiento recurrentes: ‘que no nos vengan a imponer vivir en pueblos, y que no nos obliguen a la monogamia’. El primero afirmaba el rechazo a la política española y chilena de ocupación: no aceptaban la ocupación del territorio, la formación de pueblos, la pérdida de la libertad de desplazamiento etc. (...) La poligamia, por otro lado, era la base de sobrevivencia de la sociedad: como hemos dicho, permitía las alianzas internas y el contar con gran cantidad de mocetones. Se trataba de una política de población.” BENGGOA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 154.

⁹¹⁷ Los capitanes de amigos eran funcionarios españoles que debían mediar entre las autoridades hispanas y el pueblo *mapuche* durante la Colonia, particularmente en el conchavo. El objetivo de su función era facilitar la comunicación entre las partes y hacer de intermediarios, pero los abusos que cometieron con los indígenas fueron bastante frecuentes. Se les emborrachaba para ir a firmar ante el poder notarial, por ejemplo. CASANOVA, H., *Las rebeliones...*, op. cit., p. 36, y RETAMAL ÁVILA, Julio, “La República indígena en la larga perspectiva histórica”, en Eduardo CAVIERES FIGUEROA (ed.), *Entre continuidades y cambios. Las américas en la transición (s. XVIII a XIX)*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2006, pp. 305-315, p. 311.

⁹¹⁸ CASANOVA, H., *Las rebeliones...*, op. cit., p. 43.

“la resistencia indígena se basó fundamentalmente en un profundo sentido etnocéntrico y conservador. Amaban su tierra, su libertad, sus costumbres y sus ritos. El plan de pueblos implicaba transformar su propia esencia.”⁹¹⁹ La paz se acordó nuevamente en Negrete, en un parlamento en 1771 que estableció que no se intentaría cambiar el modo de vida de los indígenas mediante su reducción a pueblos.

Como se puede ver, el equilibrio que reinaba en la sociedad fronteriza de la época fue roto sólo de modo momentáneo, siendo los conflictos más relevantes dos rebeliones de distinta motivación pero originados en la “intensificación de las relaciones pacíficas y no en ofensivas hispano criollas para someter a los araucanos. Su origen debe explicarse en el marco de la convivencia fronteriza, en los abusos, tensiones y dificultades propios del contacto entre los dos pueblos.”⁹²⁰

Posteriormente, el Parlamento de Negrete de 1796 reguló también el comercio “entre dos naciones”, y en su artículo 14 exigía certificado de aduana para ingresar productos al territorio español y establecía los impuestos que un comerciante debe pagar por “importar” productos. Según BENGUA, “[n]o cabe duda de que el redactor del teatro está hablando (en tono figurado o no) de comercio con un territorio que es libre.”⁹²¹

Pues bien, todo este período de doscientos años de autonomía y contacto con los conquistadores, implicó cambios significativos en la sociedad mapuche en todos sus ámbitos. En cuanto a su organización y sus relaciones interétnicas, por ejemplo, puede verse una mayor integración y solidaridad entre las distintas comunidades *mapuche*, desarrollando un contacto más fluido entre sus distintos tipos de organizaciones. A la vez, en una sociedad que era muy igualitaria, fueron aumentando los grados de estratificación social y centralización del poder. Esto último, porque la guerra contra los conquistadores creó la necesidad de los *mapuche* de negociar y discutir para buscar acuerdos en los Parlamentos, lo que les obligó a elegir representantes.

Su economía, por otro lado, pasó de basarse esencialmente en la caza y la recolección, a desarrollar la agricultura y la ganadería, a partir de las cuales establecieron relaciones comerciales muy dinámicas con la sociedad hispanocriolla, llevando a que a fines del siglo XVIII ya no sólo se produjera para el consumo sino también para el intercambio. Esto también repercutió en la organización social, pues implicó sistemas de trabajo más complejos y a partir de eso el surgimiento de relaciones de subordinación que se mencionó anteriormente.

Culturalmente, si bien el pueblo *mapuche* mantuvo su lengua y sus tradiciones, también la evangelización de las misiones tuvo algunos efectos en su modo de vida, lo que se puede ver en el bautizo y el matrimonio monogámico de un número significativo de indígenas.⁹²²

Como se puede apreciar, y de acuerdo con el planteamiento de Jorge PINTO, la postura que tuvo el *winka* hacia el *mapuche* en una primera etapa de sus relaciones, fue de inclusión y voluntad de construir un espacio social compartido, lo que demuestra la continuidad de los parlamentos.⁹²³ Sin embargo en la segunda mitad del XIX, al diseñar el proyecto de nación dentro de la formación del Estado de Chile, la sociedad criolla cambió

⁹¹⁹ CASANOVA, H., *Las rebeliones...*, op. cit., p. 101.

⁹²⁰ CASANOVA, H., *Las rebeliones...*, op. cit., p. 105.

⁹²¹ BENGUA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 50.

⁹²² CASANOVA, H., *Las rebeliones...*, op. cit., p. 87.

⁹²³ Esta hipótesis constituye una novedad historiográfica del siglo XXI, pues tradicionalmente los autores han hablado de una exclusión del indígena por parte del español.

de rumbo y siguió una política de exclusión en lo que se conoce con el eufemismo de “Pacificación de La Araucanía”, y que no es más que la conquista del territorio *mapuche*. En palabras del mismo PINTO, tras la independencia de Chile “el mapuche quedó dentro de la casa, de la patria y de la nación. Y es aquí donde se complica todo: con la Pacificación sucede que el lugar que ocupará en la casa será el de un excluido (y algo más). Es decir, lo mapuche está adentro, pero también fuera”⁹²⁴.

2.2 El Pueblo Mapuche y el Estado de Chile

2.2.1 EL PUEBLO MAPUCHE EN LA FORMACIÓN DEL NUEVO ESTADO INDEPENDIENTE

El discurso de inclusión del pueblo *mapuche* se mantuvo a comienzos del siglo XIX en los planteamientos de los criollos independentistas que rechazaban el legado de España y, en cambio, resaltaban el pasado heroico, los anhelos libertarios y el patriotismo de los indígenas, asimilando la Guerra de Arauco con la guerra de independencia.⁹²⁵ De ese modo, se desarrolló un sentimiento de admiración hacia el *mapuche*, y así “el discurso independentista definió, simultáneamente, dos campos semánticos opuestos que tenían su correspondencia en sendos campos políticos. De un lado, los españoles: invasores, enemigos, crueles, opresores, despóticos, etc. Del otro, los araucanos: autóctonos, patriotas, valientes, libres, independentes.”⁹²⁶ COLLIER se refiere a esto como “la idealización de la Araucanía”, afirmando que el sentimiento nacional, al rechazar el legado español, tuvo que buscar otra fuente para elaborar un mito patrio, rescatando con ese fin la figura del indígena, del que el criollo se sintió legítimo heredero.⁹²⁷ A juicio de PINTO, esta postura se mantuvo entre 1810 y 1850, incluyendo al *mapuche* dentro del proyecto nacional, a pesar de que la sociedad regional se resistió a la emancipación los primeros veinte años, dado su compromiso de fidelidad al Rey establecido en todos los parlamentos, entre otras cosas.⁹²⁸

⁹²⁴ PINTO, J., *La formación del Estado y la nación...*, op. cit., p. 15.

⁹²⁵ Uno de los mejores ejemplos de este espíritu lo constituye el poema épico “La Araucana”, donde Alonso de Ercilla relata las hazañas de españoles y *mapuche* en la primera etapa de la Guerra de Arauco, reivindicando la imagen del indígena como un guerrero valiente e indómito.

⁹²⁶ CASANOVA, Holdenis, “Entre la ideología y la realidad: la inclusión de los mapuche en la nación chilena (1810-1830)”, *Revista de Historia Indígena*, nº 4, 1999, pp. 9-48, p. 23.

⁹²⁷ COLLIER, Simon, *Ideas y política de la independencia chilena: 1808-1833*, traducción de Carmen Cienfuegos, Editorial Andrés Bello, 1977, pp. 199 y ss. El título original de la obra, publicada en 1967 por Cambridge University Press, es *Ideas and politics of Chilean Independence*.

⁹²⁸ La resistencia *mapuche* ante el movimiento emancipador ha sido denominada por la historiografía liberal del siglo XX como “la Guerra a Muerte”, término que acuñó Benjamín VICUÑA MACKENNA (*La guerra a muerte*, Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1868) para referirse a una guerra no convencional sino de guerrillas, contra el ejército chileno, que incluía métodos como el robo, la sorpresa y la emboscada, o el incendio. El bando de resistencia no estaba compuesto por un ejército moderno sino por campesinos, bandidos, antiguos soldados e indígenas, siendo los *mapuche* actores principales en él. BENGUA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 144. En general, este episodio demostró el rechazo de la sociedad fronteriza ante el proyecto político de los próceres de la Independencia. PINTO, J., *La formación del Estado...*, op. cit., p. 64. En su participación en la guerra, los *mapuche* se dividieron siguiendo sus conflictos tradicionales: los “abajinos” apoyaron a los chilenos, pero la mayor parte de La Araucanía se alió con los españoles

Además, cabe recordar que en ese entonces el territorio *mapuche* tenía un estatus jurídico especial, cuya independencia se había reconocido en los parlamentos con los españoles.⁹²⁹ Por lo tanto, la revolución de la independencia de Chile se llevó a cabo en el territorio que sí estaba ocupado de modo efectivo por los criollos. De hecho, los *mapuche* vivieron relativamente en paz las primeras cuatro décadas del Chile independiente, pues el gobierno se dedicó principalmente a consolidar el nuevo Estado en el centro del país y se olvidó de La Araucanía, considerando también lo difícil que era obtener resultados en cualquier campaña de conquista en esa región.⁹³⁰

De todas formas, los criollos mantuvieron en su imaginario una idea de continuidad del territorio, quedando el espacio indígena como uno que eventualmente habría que anexar al chileno⁹³¹. Esto se aprecia en el hecho de que, desde los comienzos de la República, se legislara sobre esos territorios que aún estaban bajo dominio español. El Reglamento-Ley de la Junta de Gobierno de 1813, por ejemplo, justificaba la desaparición de los “pueblos de indios” y su radicación en villas formales, con escuelas, cárceles, capillas y casa consistorial, porque el objetivo del gobierno era “hacer efectivos los ardientes conatos con que proclama fraternidad, igualdad y prosperidad de los indios y teniendo una constante experiencia de la extrema miseria, inercia, incivilidad, falta de moral y educación en que viven abandonados en los campos...”⁹³²

De ese modo, los criollos difundieron el estereotipo positivo del nativo, enfatizando sus propósitos de igualdad y fraternidad con respecto a él. Sin embargo, el

(los “arribanos”), respetando los pactos que habían hecho con ellos en los parlamentos, y que se ratificaron en un parlamento en Chillán en 1813.

⁹²⁹ Esto se ha discutido bastante porque algunos dicen que los españoles usaban un lenguaje figurativo en estos documentos. Es decir, sí reconocían su libertad y por eso negociaban con ellos, pero algunos creen que es una exageración pensar que se las reconocía como “naciones” y a sus representantes como embajadores, aunque se les nombrara así, pues era probablemente para mantenerlos tranquilos y contentos. Un buen ejemplo de estos planteamientos es el de Sergio VILLALOBOS en su estudio “Tres siglos y medio de vida fronteriza”, incluido en la obra colectiva de Sergio VILLALOBOS, Carlos ALDUNATE, Horacio ZAPATER, Luz María MÉNDEZ y Carlos BASCUÑÁN, *Relaciones fronterizas en la Araucanía*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1982, pp. 9-64.

⁹³⁰ Patricio HERRERA GONZÁLEZ, por ejemplo, afirma que en la década de 1830 la atención del gobierno y los inversionistas se desplazó hacia el norte, especialmente por el descubrimiento de los grandes yacimientos de plata, lo que llevó a desatender el asunto de la incorporación de la Araucanía a la soberanía nacional. “La Cuestión de Arauco: un problema de dignidad nacional durante el siglo XIX”, en Manuel LOYOLA y Sergio GREZ (comps.), *Los proyectos nacionales en el pensamiento político y social chileno del siglo XIX*, Ediciones Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez, Santiago de Chile, 2002, pp. 75-88, p. 78.

⁹³¹ De hecho, los nuevos Estados en América Latina conformaron sus fronteras nacionales de acuerdo con las antiguas divisiones administrativas de la Colonia (que ya se habían impuesto sobre las fronteras nativas), siguiendo el principio *uti possidetis*. Por tanto, tal como sucedió en África, las fronteras latinoamericanas actuales también podrían ser consideradas coloniales, “en el sentido en que están delineadas sin tomar en cuenta las fronteras políticas o culturales que existían en la sociedad indígena. Las fronteras nacionales en la región andina o centroamericana cortan de tajo poblaciones indígenas que lingüística y culturalmente son muy similares.” BAUD, Michiel, “Fronteras y la construcción del Estado en América Latina”, en Gustavo TORRES CISNEROS *et al.*, *Cruzando fronteras. Reflexiones sobre la relevancia de fronteras históricas, simbólicas y casi desaparecidas en América Latina*, Abya-Yala, Quito, pp. 41-86, p. 49.

⁹³² Contraloría General de la República, *Legislación sobre tierras y colonización*, Imprenta Nacional, Santiago, 1929, pp. 7-8. Citado en MARTÍNEZ, Christian, “Políticas colonizadoras de Chile en el siglo XIX: la ilusión modernizadora, Araucanía 1813-1913”, *Estudios Sociales*, n° 69, 1991, pp. 79-91, p. 80.

reglamento mencionado también permite ver que dentro de los principales intereses de las nuevas autoridades estaba la reorganización de la propiedad rural, siguiendo los patrones de las ciudades de la zona central.⁹³³

Por otro lado, al expandirse lentamente la economía agraria hacia el sur, comenzó a avanzar una especie de “colonización hormiga” pacífica sobre territorio indígena.⁹³⁴ Con el tiempo surgieron conflictos con estos nuevos colonos, lo que provocó un alzamiento de los aborígenes que a su vez impulsó los primeros planteamientos de ocupación de La Araucanía.

Por lo tanto, en esa región la independencia era vista como una amenaza para toda la sociedad fronteriza, la que se opuso a ella fuertemente entre 1814 y 1830 en un movimiento que, a juicio de PINTO, “refleja la defensa de intereses locales por parte de una sociedad regional bien perfilada, que no estaba dispuesta a someterse a los proyectos centralizadores de la clase dirigente que empezaba a decidir el destino de Chile desde Santiago.”⁹³⁵ El pueblo *mapuche*, siendo parte de esa sociedad, también participó activamente de esa resistencia.

Además, en términos culturales la creación del Estado-nación chileno inmediatamente posterior a la independencia, implicó adoptar sólo un modelo lingüístico, religioso y jurídico –el criollo–, olvidándose de la cultura *mapuche* que tanto se alabó en el discurso: la incorporación del nativo a la sociedad nacional implicó “la negación de lo indio como espacio de diferencia”⁹³⁶. Esto llevó a una cierta pérdida de identidad indígena en esos años, ya que, jurídicamente hablando, éstos dejaron de ser considerados como tales y no se tomó en cuenta su pertenencia a determinado pueblo, pues pasaron a ser chilenos, como todos los demás habitantes del territorio, sin ningún tipo de legislación especial.⁹³⁷ En este sentido, cabe recordar que los españoles habían dividido la sociedad en la república de españoles y la de indios, con el fin de proteger la pureza de estos últimos para que no se “contaminaran” con otros. A partir de 1810, entonces, se perdió la identidad legal de ser indígena.⁹³⁸

A lo anterior se sumó el hecho de que la sociedad *mapuche* era muy abierta a la mezcla, por lo que el mestizaje fue una de sus principales características en el siglo XIX. De hecho, en esta época no tenía complejo de pureza racial; por el contrario, “aprecia el mestizaje con mujeres blancas y carece de reparos culturales que lo limiten.”⁹³⁹

⁹³³ MARTÍNEZ, C., “Políticas colonizadoras de Chile...”, *op. cit.*, p. 80.

⁹³⁴ BENGOA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, *op. cit.*, p. 151.

⁹³⁵ PINTO, J., *La formación del Estado...*, *op. cit.*, p. 23.

⁹³⁶ GALLARDO PORRAS, Viviana, “Héroes indómitos, bárbaros y ciudadanos chilenos: el discurso sobre el indio en la construcción de la identidad nacional”, *Revista de Historia Indígena* nº 5, 2001, pp. 119-134, p. 129.

⁹³⁷ Por ejemplo, en 1819 Bernardo O’Higgins (Director Supremo de Chile entre 1817 y 1823) “decretó la igualdad de los indígenas, disponiendo que en lo sucesivo fuesen llamados ciudadanos chilenos y que fuesen libres como los demás habitantes del Estado, que tuviesen igual voto y representación, que podrían concurrir a celebrar toda clase de contratos, defender sus causas, comerciar, elegir los oficios y carreras de sus inclinaciones y optar a los cargos civiles y militares correspondientes a su aptitud. Según O’Higgins, el sistema liberal adoptado por Chile no admitía que la población aborígen continuara viviendo en un Estado de abatimiento, oprobio y miseria y, en general, excluida de los beneficios de la sociedad.” CASANOVA, H., “Entre la ideología y la realidad...”, *op. cit.*, p. 29.

⁹³⁸ RETAMAL ÁVILA, J., “La República indígena en la larga perspectiva histórica”, *op. cit.*, pp. 305-311.

⁹³⁹ BENGOA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, *op. cit.*, p. 113.

Por lo tanto, los Reglamentos Constitucionales que hubo entre 1810 y 1830 (en 1811, 1812 y 1814), las Leyes Federales de 1826 y las Constituciones de 1818, 1822, 1823 y 1828, no se refirieron expresamente a los pueblos indígenas ni a sus territorios.⁹⁴⁰ De esto se desprenden tres consideraciones jurídicas, según plantea CASANOVA⁹⁴¹: primero, los pueblos originarios eran legalmente chilenos⁹⁴²; en segundo lugar, aunque eran chilenos, los indígenas no eran ciudadanos activos,⁹⁴³ porque para ejercer sufragio las constituciones de entonces establecían ciertos requisitos que les excluían⁹⁴⁴; por último, y a pesar de que los territorios indígenas no estaban ocupados de modo efectivo aún, pertenecían jurídicamente a la República de Chile, según lo incorporan las constituciones políticas de la época.⁹⁴⁵ Así, se incluía al *mapuche* en el proyecto de nación y de Estado en Chile, siguiendo el discurso inclusivo del que hablaba PINTO. Con esto se fundaba, en el país y en América en general, una “nueva ideología liberal de la ‘asimilación’ de los pueblos indígenas, a las sociedades nacionales. A través de una expresa voluntad de ‘integrar en igualdad de condiciones’ pueblos culturalmente distintos, se comentaban los

⁹⁴⁰ Sólo la Constitución de 1822 estableció que dentro de las facultades del Congreso estaba “cuidar de la civilización de los indios”, pero no hay ninguna otra mención.

⁹⁴¹ CASANOVA, H., “Entre la ideología y la realidad...”, *op. cit.*, pp. 38-43.

⁹⁴² La Constitución de 1822 afirma que “la nación chilena es la unión de todos los chilenos” (artículo 1), que son “[l]os nacidos en el territorio de Chile” (artículo 4); además, establece que “[t]odos los chilenos son iguales ante la ley, sin distinción de rango ni privilegio” (artículo 6). Promulgada el 30 de octubre, y publicada en la *Gaceta Ministerial de Chile*, nº 62, de 4 de noviembre de 1822. Todas las Constituciones de Chile pueden consultarse en la recopilación que hizo el DIARIO OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, *Constituciones Políticas de la República de Chile, 1810-2015*, 2ª ed., Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 2015 [2005]. Esta obra está disponible en línea en el sitio web del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile, en <http://www.interior.gob.cl/media/2014/04/Constituciones1810-2015.pdf> [última visita: 27 de octubre de 2017]. Las Constituciones de 1823 y 1828 tienen disposiciones muy similares, con la diferencia de que la segunda distingue entre chilenos naturales –“todos los nacidos en el territorio de la República” (artículo 5)– y chilenos legales –“los hijos de padre o madre chilenos nacidos fuera del territorio de la República, en acto de avecindarse a ella”, así como extranjeros que cumplan con determinados requisitos (artículo 6)–. La unión de todos ellos es lo que conforma la nación chilena (artículo 1). Promulgada el 8 de agosto; se publica aviso en el *Boletín de las Leyes*, libro IV, nº 1, de 11 de abril de 1828, que se publicará impreso por la Imprenta de Ramón Rengifo, con la autorización expresa del Congreso Nacional.

⁹⁴³ El título de *ciudadano* tuvo un rol fundamental en la atracción de población a los nuevos Estados, pues se le asociaban la igualdad, la libertad, la participación política y el progreso económico, que no ofrecía el sistema español. Así, como símbolo de libertad, era muy efectivo para identificar a la población con los nuevos Estados. Ahora bien, evidentemente esos valores que se pregonaban tampoco se llevaban a la práctica a rajatabla, pues indígenas, negros y mestizos seguían excluidos de la participación política. KÖNIG, Hans-Joachim, “Discursos de identidad, Estado nacional y ciudadanía en América Latina: viejos problemas, nuevos enfoques y dimensiones”, en Eduardo CAVIERES FIGUEROA (ed.), *Entre discursos y prácticas. América Latina en el siglo XIX*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2003, pp. 25-46, p. 33.

⁹⁴⁴ La Constitución de 1823, en el artículo 11, establece requisitos como tener 21 años, estar casado, tener propiedad inmueble, giro o comercio propio, una inversión, industria, ciencia o arte de utilidad, mérito cívico y ser católicos. Promulgada el 29 de diciembre y publicada en el *Boletín de las Leyes*, libro I, nº 20, de 1 de enero de 1824. El artículo 7 de la de 1828 incluye también el servicio militar.

⁹⁴⁵ En su artículo 3, la Constitución de 1822 establece que el territorio chileno comprende, de norte a sur, desde el Cabo de Hornos hasta el desierto de Atacama. La de 1828 mantiene casi los mismos límites y además divide el país administrativa y políticamente en ocho provincias (artículo 2).

términos de una premisa que continuará vigente hasta nuestros días: igualdad de derecho frente, a desigualdad de facto.”⁹⁴⁶

De todas formas, la frontera se mantenía estable en el Bío-Bío y, contradiciendo los textos constitucionales, se seguía reconociendo en los parlamentos y acuerdos. Así, por ejemplo, el de Yumbel de 1823 establecía la paz y alianza entre “ambos Estados”, prometiéndose ayuda militar frente a una eventual invasión española o de otra potencia extranjera. En 1825 se firmó también un “pacto de unión y respeto” en Tapiwe, reconociendo la independencia territorial y política de la *nación* mapuche, cuyo estatus era de “aliados hermanos”.⁹⁴⁷

No obstante, los primeros gobiernos no enfrentaban una situación muy fácil en el país: había chilenos que no estaban convencidos del ideario patriota, y se formó una resistencia que actuó en base a métodos de guerrilla, prolongando la lucha por más de diez años. De acuerdo con CASANOVA, estas circunstancias ayudaron a olvidar el discurso criollo positivo respecto a los *mapuche*, quienes “pasaron a ser los bárbaros irreductibles a quienes había que someter por cualquier medio para que el Chile decimonónico alcanzara la unidad y el progreso merecidos.”⁹⁴⁸

Al respecto, y siguiendo una periodización similar a la de PINTO, Eduardo ESCALONA afirma que entre 1812 y 1845, en un contexto dado por la creación y consolidación del Estado, primó la visión del *mapuche* como “buen salvaje”, ejemplo de rebeldía ante el dominio español; pero después de eso comenzó a darse un giro radical hacia un estereotipo negativo del nativo como un “indio salvaje”.⁹⁴⁹ En base a él se comenzó a elaborar el nuevo discurso de exclusión de los *mapuche* que, considerándolos como bárbaros a los que había que someter, planteaba también la usurpación de sus tierras.

2.2.2 LA EXCLUSIÓN DEL MAPUCHE Y LA OCUPACIÓN DE LA ARAUCANÍA

De acuerdo con BENGOA, este cambio drástico en la imagen que se construyó del araucano no sólo tuvo repercusiones en esa época sino que significó una contradicción profunda que “marcará la visión contemporánea de la sociedad chilena respecto a la sociedad mapuche. No podrá explicar –hasta el día de hoy– cómo los descendientes de tan preclaros guerreros fueron objeto de la guerra y el exterminio; en el discurso patriótico se los muestra como partes de la constitución heroica de la nación, y en la práctica cotidiana se los combate como rémora pernicioso del pasado, como expresión viva de la barbarie.”⁹⁵⁰ Esta contradicción se reflejó también en la historiografía decimonónica: mientras los comienzos de las relaciones entre españoles y araucanos son tratados en detalle por las “Historias de Chile” de entonces, al pasar a relatar el siglo XIX casi no mencionan a los *mapuche* y dedican muy pocas líneas a la ocupación de La

⁹⁴⁶ HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, op. cit., p. 122.

⁹⁴⁷ MARIMÁN, P., “Los mapuche antes de la conquista militar chileno-argentina”, op. cit., p. 83

⁹⁴⁸ CASANOVA, H., “Entre la ideología y la realidad...”, op. cit., p. 37.

⁹⁴⁹ ESCALONA, Eduardo, “Capitalismo, imperialismo chileno, Estado y ocupación de la Araucanía”, en Carlos ZÚÑIGA (comp.), *Fragmentos de historia regional. La Araucanía en el siglo XX*, Ediciones Universidad de La Frontera, 2011, pp. 38-57, p. 39. Con “imperialismo”, el autor se refiere a la última etapa del capitalismo –basado en Lenin– y lo define como “todo tipo de dominación política y económica ejercida en una relación asimétrica entre una nación que se siente superior, sobre otra que se sabe más débil, la que termina transformándose en tributaria de la metrópolis imperial.” (p. 40)

⁹⁵⁰ BENGOA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 137.

Araucanía, episodio fundamental de la época.⁹⁵¹ De esa manera, la disciplina histórica del momento reforzó esa imagen negativa del *mapuche*, con la excepción de los historiadores regionales de La Araucanía, que “mostraron una historia diferente que, lamentablemente, no ha recogido la enseñanza de nuestra disciplina al momento de referir a los niños y jóvenes este capítulo de nuestra historia.”⁹⁵²

Así, en la década de 1850 fueron varios los factores que, junto con ese discurso de exclusión, influyeron en que la clase política chilena se fuera convenciendo de romper todos los tratados firmados con los *mapuche* en los parlamentos desde 1641. En primer lugar, estaba la contradicción que se daba entre la teoría y la práctica de la soberanía. Esto, porque al conformarse el Estado de Chile se había impuesto el sistema unitario, y en general los primeros cuarenta años de vida independiente del país fueron bastante estables en términos políticos. Sin embargo, en la frontera del Bío-Bío la situación era más confusa: “está poco clara la autoridad, la propiedad, el origen y status social de las personas. Es un área movediza, donde las leyes no llegan con la misma fuerza con que se dictaron.”⁹⁵³

Por otro lado, los mismos planteamientos constitucionales con respecto a la nación chilena, la estrechez del mercado de la tierra y la crisis económica de 1857, fueron creando el clima propicio para la ocupación de La Araucanía. A esto ayudó también la Revolución de 1859 en favor del gobierno de turno, la cual alentó la idea de castigar a los insurgentes, incluyendo a los indígenas que habían apoyado a los revolucionarios, a quienes ahora se tildaba de “los bárbaros de Arauco”.⁹⁵⁴

Desde fuera del país también hubo elementos que impulsaron esta campaña, como el discurso de los intelectuales positivistas que contraponía civilización y barbarie, y que constituye la base del discurso de exclusión del *mapuche*.

Por otro lado, también hay que considerar que todo conflicto bélico o militar tiene siempre una motivación económica detrás⁹⁵⁵, y en esto la conquista de La Araucanía no fue una excepción. Dentro de esto cabe mencionar que el aumento de la población mundial y los cambios provocados por la Revolución Industrial aumentaron la demanda de alimentos y materias primas, lo que hizo fijar la atención en tierras que no habían sido explotadas. Y en esa época, “el único territorio que quedaba para la expansión territorial era la Araucanía, a la que se estrechaba por el norte y por el sur. Su ocupación se

⁹⁵¹ Según BENGÓA, esto no sucedió en Argentina, donde nadie se avergonzó de matar indígenas porque la nacionalidad argentina nunca se basó en “la sangre araucana”; así, la victoria sobre los *mapuche* fue vista como muestra de poder y riqueza. En cambio, en Chile “[l]a matanza de indios que implicó el avance del ejército chileno más allá del Bío-Bío, se enfrentaba al mito de origen de nuestra nacionalidad. Era como asesinar al ancestro. (...) La ideología fue simple y eficiente: negó la existencia del hecho.” *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 150.

⁹⁵² PINTO, J., *La formación del Estado...*, op. cit., p. 235.

⁹⁵³ BENGÓA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 152.

⁹⁵⁴ “La prensa de esos años aprovechó esta participación indígena para juzgar en duros términos a los mapuche. *El Mercurio* se puso de nuevo a la cabeza de la campaña destinada a convencer al país que se debía actuar en la Araucanía sin tardanza. (...) Los hechos provocados por la Revolución del 59 eran, quizás, el pretexto para acosar de nuevo al mapuche y excluirlo del proyecto nacional, al cual se le intentó integrar en la primera mitad del siglo XIX.” Pinto, J., *La formación del Estado...*, op. cit., pp. 144-145.

⁹⁵⁵ “La guerra y el comercio constituyen dos actividades que son imposibles de estudiar aisladamente”, dice Claude LÉVI-STRAUSS en “Guerre et comerce chez les indiens d’Amérique du Sud”, *Renaissance*, vol. 1, Nueva York, 1943.

encontraba en la lógica en la lógica expansiva de la agricultura chilena.”⁹⁵⁶ Esto se enmarca dentro de los avances del capitalismo inglés en general y los progresos del transporte, que aceleraron la ocupación de nuevos territorios, como sucedió no sólo en América, sino también en África, Asia y Oceanía.⁹⁵⁷ Además, la pérdida de los mercados de California y Australia hizo a los grupos dirigentes en Chile volcar los ojos hacia las tierras de La Araucanía, que surgían como las más ricas del país.

En general, puede decirse que las circunstancias favorecían un nuevo discurso sobre el *mapuche* y sobre todo la manifestación expresa del interés por ocupar sus tierras. De hecho, GALLARDO afirma que el discurso de ocupación de la Araucanía se había comenzado a elaborar junto con el discurso independentista, pero que se había dejado para el futuro debido a las necesidades más próximas de entonces. La idea reaparecería más tarde, una vez que hubiera “un escenario republicano sólido, con necesidades económicas concretas y una sociedad chilena que se cree homogénea”⁹⁵⁸.

De todo lo anterior se desprendía que las alternativas eran dos: respetar a unos indios salvajes o apostar por la unidad y el progreso de la nación. Evidentemente la clase política se inclinó por la segunda, lo que implicaba civilizar al nativo y ocupar sus tierras para trabajarlas productivamente. Para ambos proyectos no bastaba con la población criolla, por lo que se apostó por la colonización europea, entendiendo que los extranjeros eran hombres superiores que, además, podían ayudar a moralizar al *mapuche* y así “mejorar la raza”. Esta sobrevaloración del europeo alimentó también el discurso de exclusión antiindigenista que comenzaba a formarse, pues hacía que se le menospreciara, transformándose en un obstáculo para el desarrollo y el progreso. Esto llevó a la idea de eliminarlos o reducirlos a territorios donde no fueran una amenaza o pudieran integrarse a la sociedad criolla, como se verá más adelante.⁹⁵⁹

Por lo tanto, “civilizar” implicaba “colonizar”, y así en 1845 se dio inicio a los procesos de colonización en el sur de Chile en dos modalidades: la inmigración libre, para dar mano de obra calificada, elementos técnicos e intelectuales necesarios para las actividades urbanas e industriales del país; y la colonizadora, para ocupar efectivamente los territorios agrícolas “vacíos” e incorporarlos al desarrollo nacional, la que podía ser incentivada y organizada por el Estado, o realizada por empresas particulares.⁹⁶⁰

Junto con estos factores, entre 1850 y 1860 comenzó un proceso de compras de territorios indígenas –muchas de ellas fraudulentas–, que fue poblando la región de propietarios que más adelante harían valer los derechos que les daban sus títulos de dominio. Éstas fueron reguladas por una normativa de 1853⁹⁶¹, pero de todos modos no

⁹⁵⁶ PINTO, J., *La formación del Estado...*, *op. cit.*, p. 156.

⁹⁵⁷ ESCALONA, E., “Capitalismo...”, *op. cit.*, p. 48.

⁹⁵⁸ GALLARDO PORRAS, V., “Héroes indómitos, bárbaros y ciudadanos chilenos...”, *op. cit.*, p. 133.

⁹⁵⁹ Hubo también manifestaciones proindigenistas, pero éstas sólo se oponían a los medios más radicales para extinguir a los indígenas, es decir, los que incluían el uso de la fuerza. Sin embargo, coincidían con la contraparte en que se debía establecer soberanía en la zona y unidad al territorio nacional, calmar los ánimos en el lugar, civilizar al indígena e incluir su fértil territorio a la producción nacional. Sin embargo, concedían a los *mapuche* la propiedad de las tierras, por lo que planteaban su compra y no su conquista. Además, al ser voces que emanaban de sectores católicos, pretendían también convertirlos al cristianismo quizás como deseo más profundo.

⁹⁶⁰ MARTÍNEZ, C., “Políticas colonizadoras de Chile...”, *op. cit.*, p. 82.

⁹⁶¹ Decreto nº 109, de 14 de marzo de 1853, “Contratos sobre propiedades”, pp. 131-133. El Diario Oficial de la República de Chile se fundó el 15 de noviembre de 1876 y su primer número se publicó el 1 de marzo de 1877, por lo que ésta y las otras normas publicadas antes de esa fecha, fueron consultadas en el compendio normativo de Julio ZENTENO BARROS, *Recopilación de Leyes y Decretos*

pudo evitar los engaños a los indígenas y las demarcaciones vagas de tierras. Esto hizo que colonos y funcionarios estatales temieran un alzamiento *mapuche*, y así se optó en 1866 por declarar al Fisco como único comprador de tierras indígenas, prohibiendo su venta a particulares.⁹⁶² Esta Ley regulaba territorios que en la práctica eran *mapuche* porque el Estado aún no los había ocupado, pero no sirvió sólo para estos fines sino para, más adelante, validar legalmente su despojo y ocupación.⁹⁶³ Como bien afirma CANO, “[p]ara concretar la ‘apropiación legítima’ se debía primero ‘expropiar legítimamente’ las tierras y establecer la propiedad privada.”⁹⁶⁴

Poco antes, en 1852 se promulgó una Ley que creaba la provincia de Arauco, incluyendo en ella territorios *mapuche*.⁹⁶⁵ Dado que era una zona particular, el artículo 3 de dicha Ley autorizaba al Presidente para dictar las normas que juzgara convenientes “para el mejor gobierno de las fronteras, la eficaz protección de los indígenas, la promoción más pronta de su civilización y para arreglar contratos y relaciones de comercio con ellos.” Esta medida fue el puntapié inicial para que el Estado fuera paulatinamente estableciendo su aparato burocrático en la región, y además le permitió legitimar su derecho a intervenir ahí. Esto, a partir de la transformación territorial entre 1852 y 1887 que combinó conquista y colonización.⁹⁶⁶

Este proceso ha sido denominado como “Pacificación” de La Araucanía en Chile y “Conquista del desierto” en Argentina, “[t]érminos eufemísticos que fueron utilizados para disfrazar una guerra de ocupación, la incorporación de aquellos territorios fue una invasión realizada por el Ejército chileno sobre el territorio araucano o Estado de Arauco como lo llamaron los españoles, situado en el lado occidental de la cordillera de los Andes y por el Ejército argentino sobre el territorio ubicado al oriente de esa cordillera.”⁹⁶⁷ Como se ha visto, éste se llevó a cabo durante un largo periodo y mediante distintos mecanismos con los que el Estado marcaba su presencia en el lugar, entre los que se incluyen la ocupación y expropiación de tierras, el establecimiento del aparato estatal, la

Supremos sobre colonización, Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1892, p. 131. La obra está disponible en línea en archive.org/details/recopilacindele00barrgoog [última visita: 27 de octubre de 2017].

⁹⁶² Ley de 4 de diciembre de 1866 “Fundación de poblaciones en territorio mapuche”. En J. ZENTENO BARROS, *Recopilación de Leyes y Decretos Supremos sobre colonización*, pp. 74-77.

⁹⁶³ Se ha discutido bastante acerca de esta Ley. Por ejemplo, Víctor TOLEDO discrepa de este planteamiento porque afirma que la ley “NO declaró fiscales las tierras indígenas, no conculcó los derechos de propiedad mapuche, no estableció una expropiación, ni entregó al Estado la propiedad de las posesiones indígenas. El matiz de señalar que ‘en la práctica’ la ley de 1866 entregó la propiedad de las tierras al Estado, tampoco es una interpretación jurídicamente aceptable, pues confunde los términos. Una cosa es la ley, y otra la práctica brutal de despojo que ocurrió después de 1866. (...) Al ocupar el territorio de La Araucanía, el Estado dispuso de las tierras como si fuesen fiscales. Esos fueron los hechos pero no el derecho...” TOLEDO, Víctor, “En segura y perpetua propiedad: notas sobre el debate jurídico sobre derechos de propiedad indígena en Chile, siglo XIX”, ponencia presentada en el *Seminario Internacional sobre Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: tendencias internacionales y realidad local*, UFRO-IEI, Temuco, 2003, p. 3.

⁹⁶⁴ CANO, Daniel, “Los años del despojo y la resistencia cultural: Estado nación y pueblo mapuche durante el periodo reduccional: 1880-1930”, *Bicentenario, Revista de Historia de Chile y América*, vol. 11, nº 1, 2012, pp. 103-133, p. 110.

⁹⁶⁵ Ley de 2 de julio de 1852, por la que se crea la provincia de Arauco. En J. ZENTENO BARROS, *Recopilación de Leyes y Decretos Supremos sobre colonización*, pp. 56-57.

⁹⁶⁶ Para un estudio histórico-geográfico que ilustra claramente este proceso, consúltese José Ignacio GONZÁLEZ LEIVA y Patricio BERNEDO PINTO, “Cartografía de la transformación de un territorio: La Araucanía 1852-1887”, *Revista de Geografía Norte Grande*, nº 54, 2003, pp. 179-198.

⁹⁶⁷ DE RAMÓN, A., *Historia de Chile...*, op. cit., p. 89.

colonización, los desarrollos en conectividad –ferrocarril, caminos, correos y telégrafo⁹⁶⁸–, la educación de los indígenas –el Estado comenzaba a involucrarse más en este ámbito, que antes dejaba en manos de la Iglesia Católica⁹⁶⁹– y, finalmente, la actuación del ejército.

Ya pavimentado el camino para la acción, en 1864 comenzó la discusión en la Cámara de Diputados acerca del avance en la zona, mientras recibían diariamente informes de los *mapuche* sobre los despojos de sus tierras.⁹⁷⁰ En 1866, junto con la Ley ya mencionada que sólo permitía vender tierras indígenas al Estado, se ordenó fundar poblaciones en los territorios indígenas, siguiendo una política similar a la que en el siglo XVI habían aplicado los españoles y que, como ya se ha mencionado, no era bienvenida en el pueblo *mapuche*. Para este fin creaba la Comisión Radicadora de Indígenas.

Como legalmente el Fisco era el único comprador de tierras indígenas, en la práctica era propietario de todas las que había en la zona, pues los *mapuche* no tenían título de propiedad sobre ellas; luego las dividía en hijuelas y las remataba, dando a las familias *mapuche* títulos de merced sobre posesiones por determinar.

En 1868 tuvo lugar el segundo debate sobre la ocupación de La Araucanía en el Congreso, en un contexto de nuevos enfrentamientos continuos y sangrientos en la región. Un año más tarde se promulgó la ley de 15 de julio, que creaba los departamentos de Angol, Lebu e Imperial, no como territorios fronterizos sino de *colonización*.⁹⁷¹ “Así, desde las viejas prácticas de los parlamentos, el Estado fue pasando a una legislación que operó sobre la base de una concepción del territorio indígena, más propio de un país dividido en provincias, con autoridades y criterios legales de un Estado centralizado que opera desde Santiago.”⁹⁷²

Junto con la política territorial y la de inmigración y colonización, en la década de 1860 se aplicó una política militar de “pacificación” que, según BENGEOA, “es una de las páginas más negras de la historia de Chile. El ejército ingresó en el territorio realizando

⁹⁶⁸ “La ocupación de La Araucanía y la fundación de pueblos en la región fueron acompañadas por una intensa construcción de caminos y la utilización de las vías fluvio-lacustre-marítimas, cuya influencia fue notoria en los primeros treinta años del siglo XX.” FLORES, Jaime, “Economía y vías de transportes. La construcción del espacio regional, La Araucanía 1880-1940”, en Carlos ZÚÑIGA (comp.), *Fragmentos de historia regional. La Araucanía en el siglo XX*, Ediciones Universidad de La Frontera, 2011, pp. 60-75, pp. 62-63.

⁹⁶⁹ Acerca de la educación de los indígenas en La Araucanía, consúltese el artículo de Sol SERRANO, “De escuelas indígenas sin pueblos a pueblos sin escuelas indígenas: la educación en La Araucanía en el siglo XIX”, *Historia*, vol. 29, 1995-1996, pp. 423-474. En él, la autora afirma que “[l]a educación pública que se extendió en Chile a lo largo del siglo XIX fue uno de los mecanismos de control y cohesión utilizado por el Estado para crear una nueva sociedad...” (p. 423), y en ese contexto la política que siguió al respecto fue una de omisión, por cuanto no se ocupó de las particularidades del pueblo *mapuche* sino que optó por una política nacional uniforme que eliminó toda distinción cultural que amenazara la idea de unidad nacional.

⁹⁷⁰ A las primeras muestras de intención del Estado de intervenir en La Araucanía, los *mapuche* manifestaron su descontento, enviaron cartas al periódico El Mercurio quejándose del robo de sus tierras como motivo principal de la guerra. Acusaban que les robaban y remataban las tierras, también que les quemaban las casas y sembrados, que sometían a sus familias a cautiverio y que sufrían malos tratos. PINTO, J., *La formación del Estado...*, op. cit., p. 177-183.

⁹⁷¹ Ley de 15 de julio de 1869 “Se erigen en territorios de colonización los departamentos de Angol, Lebu e Imperial, deja Arauco de ser territorio de indígenas y se fija en Angol la capital de la provincia”. En J. ZENTENO BARROS, *Recopilación de Leyes y Decretos Supremos sobre colonización*, op. cit., pp. 59-60.

⁹⁷² PINTO, J., *La formación del Estado...*, op. cit., p. 125.

una guerra de exterminio, sin cuartel, contra la población civil, mujeres y niños, arreando animales, quemando casas y sementeras. Se trataba de minar la economía ganadera de los *mapuche* dejándolos sin animales. Se trataba de provocar el terror a fin de obligarlos a capitular.”⁹⁷³ Era, además, una guerra muy desigual: por ejemplo, los *mapuche* usaron las armas de fuego sólo de modo esporádico, tanto por motivos culturales como por lo difícil que les era obtenerlas. Era una guerra entre un ejército moderno y un pueblo que se defendía con piedras, lanzas y boleadoras. Entre medio también se organizaban parlamentos para hacer las paces, pero éstos fracasaron y la violencia se mantuvo.

En 1871 el ejército militar cambió la carabina Minie por la de repetición Spencer, lo que significó un cambio fundamental en la guerra: antes los *mapuche* se abalanzaban al cuerpo a cuerpo tras el primer disparo de un soldado, pues ahí debían recargar; pero el arma nueva tenía disparo continuo, lo que permitía a un grupo pequeño de soldados contener a muchos araucanos. De ahí en adelante, los grupos araucanos *mapuche* comenzaron a pactar uno a uno la paz con los chilenos.⁹⁷⁴

Por otro lado, en 1873 se hizo en Santiago el primer remate público de tierras de La Araucanía, inaugurando así “el sistema legal de expropiación indígena” basado en la subasta hijuela por hijuela, lo que permitía a una misma persona comprar todos los lotes que quisiera. De hecho, “es notable la diferencia establecida por el Estado entre indígenas y rematantes de tierras fiscales, en el acceso a la tierra. Mientras a los indígenas se les daba lo mínimo necesario, se remataban hijuelas de 500 hectáreas, las que muchas veces eran adquiridas en cantidad numerosa por una misma persona.”⁹⁷⁵ Así se produjo una fuerte concentración de la propiedad, permitiendo el surgimiento de grandes latifundios y, en cambio, que los colonos pobres se transformaran en minifundistas.

En este escenario, la ley de 4 de agosto de 1874⁹⁷⁶ encargó a las empresas privadas colonizar directamente los territorios indígenas, dando lugar a la apropiación indebida de grandes territorios, pues no se exigían requisitos especiales a las empresas interesadas. Muchas de éstas no instalaban ninguna colonia en ellos, transformándose en latifundistas. Así, antes de ocupar definitivamente La Araucanía ya se había desarrollado un proceso paulatino de “colonización informal”, presionando fuertemente sobre las tierras indígenas desde mediados del siglo XIX.⁹⁷⁷

Sumado a lo anterior, en 1879 estalló la Guerra del Pacífico, lo que obligó al gobierno chileno a retirar su ejército de la frontera para enviarlo al conflicto, reemplazándolo por las Guardias Cívicas, formadas por los habitantes de los pueblos. Sin tropa militar, la región quedó a merced de colonos y particulares en general, que se aprovecharon de los *mapuche*. Esto provocó su alzamiento parcial en 1881, lo que a su vez impulsó la decisión del gobierno de ocupar definitivamente todo el territorio, en una campaña que se realizaría con un ejército que volvía victorioso y profesionalizado de la Guerra del Pacífico y que ya no se dedicaría sólo al hostigamiento y robo sino la conquista

⁹⁷³ BENGOA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 186. En 1869, por ejemplo, el frío del invierno, el hambre y la viruela disminuyeron considerablemente la población *mapuche*.

⁹⁷⁴ BENGOA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 246.

⁹⁷⁵ ALMONACID, Fabián, “El problema de la propiedad de la tierra en el sur de Chile (1850-1930)”, *Historia* n° 42, vol. I, enero-junio 2009, pp. 5-56, p. 14.

⁹⁷⁶ Ley de 4 de agosto de 1874, “Enajenación de terrenos litigiosos”. J. ZENTENO BARROS, *Recopilación de Leyes y Decretos Supremos sobre colonización*, pp. 78-80.

⁹⁷⁷ MARTÍNEZ, C., “Políticas colonizadoras de Chile...”, op. cit., pp. 84-85.

rápida y definitiva del territorio. Todo esto, en un contexto de entusiasmo expansionista que se expresaba tanto en las autoridades como en la prensa chilena.

A pesar de que lo lógico era que en este escenario los *mapuche* buscaran un acuerdo con el gobierno, éstos tuvieron una “reacción cultural”: se unieron por primera vez todos los grupos en una insurrección y atacaron simultáneamente todos los fuertes chilenos de la región para arrasar con los pueblos que estaban más allá del Bío-Bío. Fue un acto simbólico y dramático que dio cuenta de su unidad cultural, a pesar de su diversidad política⁹⁷⁸, y que “cerró una etapa heroica de su historia y abrió una nueva, en que la lucha por la tierra y la defensa de su identidad estará marcada por el hecho de haber perdido la libertad con las lanzas de coligües en las manos.”⁹⁷⁹ La represalia chilena fue muy violenta y selló la derrota de los nativos en 1883.

Ese mismo año, la Ley de 20 de enero⁹⁸⁰ estableció el cargo de “Protector de Indígenas” y dio operación a la Comisión Radicadora de Indígenas, que debía ubicarlos en espacios delimitados para colonizar el resto del territorio. Para esto, se trasladaba al *lonko* de cada localidad con todos los indígenas que “le pertenecían”: su familia, allegados, vecinos, etc. Los terrenos se escogían siguiendo diversos criterios, e incluso se les desplazó a lugares fuera y lejos de sus territorios. De ese modo surgió lo que se conoce como “comunidad reduccional”, organización nueva en la sociedad *mapuche*, que la caracterizará a lo largo de todo el siglo XX. Cada una adquiría “Títulos de Merced” por las propiedades en que se le radicaba, constituyéndose tres mil comunidades o reservaciones entre 1884 y 1927, cuando terminó el proceso. BENGOA afirma que en total se entregaron 536 mil hectáreas (de las 10 millones de hectáreas que se habían reconocido en los parlamentos⁹⁸¹) a 150.000 indígenas –unas 3.5 hectáreas por persona–, dejando a muchos sin tierra: “esta cifra está en la base de la mayor parte de los conflictos y situaciones que ha vivido la sociedad mapuche durante el siglo XX, y que se mantienen hasta el día de hoy. Nadie podrá desconocer que se trató de una ‘pobreza obligada’ en la que el Estado tuvo la total responsabilidad.”⁹⁸²

Además del control de los *mapuche*, su radicación significaba su integración al sistema de propiedad privada, pues una vez radicados, tenían que pagar el impuesto territorial según la legislación chilena, algo que no cabía dentro de la cosmovisión indígena. Sin embargo, a lo que no se integraban realmente era al resto de la sociedad, pues de este modo se mantenían aislados de ella.

El mecanismo implicaba la prohibición para los indígenas de vender sus tierras a individuos, pues tenían que esperar a la Comisión Radicadora. Sin embargo, como el

⁹⁷⁸ Dentro de la sociedad *mapuche* había rivalidades históricas entre familias y agrupaciones, especialmente por diferencias en cuanto a la estrategia de relaciones con la sociedad chilena. Los chilenos supieron aprovechar esos conflictos internos provocando luchas entre sus grupos y contando con grupos neutrales e incluso leales. Así, nunca habían tenido que enfrentarse a todos los *mapuche* juntos hasta entonces. BENGOA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., pp. 129-134.

⁹⁷⁹ BENGOA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 285. Los coligües son un tipo de bambú que crece en los bosques del sur de Chile y de Argentina, cuyas cañas utilizaban los *mapuche* para fabricar lanzas e instrumentos musicales.

⁹⁸⁰ Ley de 20 de enero de 1883. Diario Oficial de la República de Chile nº 1.766, de 28 de febrero de 1883, p. 557.

⁹⁸¹ En los 28 parlamentos celebrados con España y en el de Tapihue con Chile en 1825, se había reconocido 10 millones de hectáreas como territorio *mapuche*, comprendidas entre el Bío-Bío y Chiloé. MARIMÁN, P., “Los mapuche antes de la conquista militar chileno-argentina”, op. cit., p. 116.

⁹⁸² BENGOA, J., “La agricultura y la población mapuche”, op. cit., p. 78.

proceso era muy lento, se prestaba para distintos tipos de abusos: en ese periodo de espera, las propiedades *mapuche* estaban indefinidas, y la llegada de un colono o un ocupante los iba acorralando a un espacio muy pequeño, y al llegar la Comisión éstos ya habían sido desplazados de sus tierras por la fuerza hacia tierras marginales y de menor calidad. De ese modo, hubo un sector significativo que no fue radicado y en general el proceso se llevó a cabo de un modo muy burocrático y arbitrario, uniendo con títulos de merced a distintas familias bajo un mismo líder. Esto provocó fuertes conflictos entre ellas y litigios por los deslindes dentro de las hijuelas, rompiendo sus mecanismos de cooperación y solidaridad e incluso su sistema de jerarquías. Así, si ya la ley de radicación perjudicaba a los nativos, su aplicación fue aun peor para ellos, y con conocimiento de las autoridades.⁹⁸³

El proceso de radicación significó una transformación de la sociedad *mapuche* en distintos aspectos esenciales. Al reducir el tamaño de las tierras en que podían producir, los indígenas tuvieron que cambiar sus hábitos alimentarios y productivos, pasando forzosamente de ser una sociedad agrícola a un conjunto de pequeños campesinos pobres que –hasta hoy– se dedican a la pequeña ganadería y cultivos de subsistencia. Por eso MARIMÁN califica el sistema como una “política de acorralamiento espacial” del nativo, que se dedicó a usurpar su patrimonio material territorial, amparado en una legislación que así lo permitió.⁹⁸⁴

Por otro lado, si bien el lenguaje pudo preservarse, lo cierto es que la cultura *mapuche* también se resintió con el proceso de radicación, especialmente porque ésta se relaciona estrechamente con su economía dada su relación con la tierra. A partir de esto es que, por ejemplo, hasta hoy se asocia la cultura *mapuche* con pobreza.

Además, como las autoridades chilenas no respetaron su organización social, las estructuras tradicionales de gobernabilidad de la sociedad *mapuche* dejaron de ser funcionales, minando la autoridad de los *lonko*, que fueron reemplazados por Protectores de Indígenas y Juzgados de Indios, que debían mediar en los litigios territoriales. Esta “imposición de una institucionalidad ajena por sobre las propias conllevará a acrecentar la dependencia hacia los organismos que promueve el Estado.”⁹⁸⁵

⁹⁸³ Recordemos que, como se mencionó anteriormente, la sociedad *mapuche* se organizaba en familias separadas y autónomas que no formaban una comunidad en su conjunto, por lo que no habían desarrollado métodos de reparto de tierras, distribución de productos o trabajo colectivo, sino sólo de cooperación en algunos ámbitos.

⁹⁸⁴ En 1894, la Ley nº 180, de 19 de enero, entregó a sargentos mayores 150 hectáreas y a tenientes coroneles 200, beneficiando a los militares como retribución a la campaña de “pacificación”. Diario Oficial de la República de Chile nº 4.724, de 23 de enero de 1894. En 1896, la ley nº 380, de 14 de septiembre de 1896, repartió tierras a colonos chilenos (80 hectáreas por padre y 40 por cada hijo hombre mayor de 16 años de edad). Publicada en el Diario Oficial de la República de Chile nº 5.509, de 21 de septiembre de 1896, p. 1.886. La Ley nº 994, de 13 de enero de 1898, permitió a los colonos chilenos hasta 50 hectáreas por padre y 20 por hijo mayor de 16, de tierras que el Estado mantenía bajo su control por interés económico, geopolítico o de otro tipo. Publicada en el Diario Oficial de la República de Chile nº 5.906, de 19 de enero de 1898, p. 152. Además, según MARIMÁN en 1902 se conceden 50.000 hectáreas al español Francisco Sánchez; en 1903, 50.000 a la empresa “Nueva Italia”; en 1905, 5.000 hectáreas al empresario Silva Rivas y cinco familias (que después recibieron título definitivo sobre 26.625 hectáreas en 1909); en octubre de 1907 se da título definitivo a familias españolas sobre 7.932 hectáreas, y en 1911, título definitivo de 2499 hectáreas a 58 familias italianas. “Los mapuche antes de la conquista militar chileno-argentina”, *op. cit.*, p. 120.

⁹⁸⁵ MARIMÁN, P, “Los mapuche antes de la conquista militar chileno-argentina”, *op. cit.*, pp. 121-122.

En este contexto cabe preguntarse si acaso no estamos frente a una política de genocidio cultural, pues con las medidas que implica la radicación del pueblo *mapuche* se está eliminando el colectivo como tal, en cuanto a sus características socioculturales más esenciales.⁹⁸⁶ Sin embargo, como ya se ha visto anteriormente, para catalogar un acto con este término cabe considerar la intención del mismo, y en este caso, el objetivo de la reducción de los indígenas no fue precisamente exterminar al grupo sino ocupar sus tierras, aunque su resultado haya sido disminuirlo en gran medida.

Como se puede observar, el siglo XIX marcó profundamente a la sociedad *mapuche*, que sufrió cambios dramáticos que muestran un desarrollo muy paradójico de los hechos: el periodo “[c]omenzó con su activa participación en la fundación de las Repúblicas de Chile y Argentina y culminó prácticamente aniquilado, por los Ejércitos de esas mismas repúblicas que ayudó a fundar.”⁹⁸⁷ Comenzó también con un pueblo *mapuche* independiente y terminó con su arrinconamiento en reducciones, tras poner fin a una resistencia de 400 años. Esto, además de la disminución de su población y de su dispersión en tres mil comunidades con muy poco contacto entre sí, lo que dificultaba su unificación y organización como pueblo.

2.2.3 EL PUEBLO MAPUCHE EN EL SIGLO XX

Todas las transformaciones descritas habían cambiado el paisaje general de la región, y así, aunque la “civilización” había triunfado sobre la “barbarie”, el confinamiento y la campesinización forzada de los *mapuche* acarrearón la aparición de la pobreza. Por tanto, para regular la vida en la ciudad y mantenerla segura, iluminada y limpia, se organizó la policía urbana, que se dedicó a apartar a quienes no respetaran esas normas a espacios propios, en lo que se ha llamado como “reducciones de pobreza”.⁹⁸⁸ De esta manera, se fue configurando un nuevo espacio en la región, conformado por una sociedad blanca que marginó al pueblo *mapuche*: “[s]e construyó un mundo cultural blanco en continuidad con el resto de Chile, que cercaba y constreñía a los indígenas, ahora encerrados en sus reservaciones. (...) De este encierro surgió su cultura de resistencia, la fuerza interna que le permitió sobrevivir.”⁹⁸⁹

Lo anterior influyó en un cambio que tuvieron los araucanos en su aproximación al *winca*: mientras en el siglo XIX estaban abiertos a la mezcla con la raza blanca, en el XX comenzaron a defender su pureza racial como una manera de preservar su cultura, cerrándose sobre sí mismos y replegándose en sus reservaciones, volviéndose endogámicos.

Sin embargo, el Estado tomó medidas para integrar a sus pueblos indígenas, aunque lo que entendía por eso realmente era su asimilación: a juicio de FOERSTER y

⁹⁸⁶ “Se comete etnocidio cuando se pretende anular la conciencia de pertenencia a una etnia o pueblo-nación. Es decir, cuando se pretende acallar la palabra de un pueblo pronunciada en su propia lengua y cuando se niega a un determinado grupo social y culturalmente diferenciando, su derecho a disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura.” HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, op. cit., p. 49.

⁹⁸⁷ HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, op. cit., p. 122.

⁹⁸⁸ Un buen ejemplo de ellas es Padre Las Casas, en Temuco, que era una especie de “reducción” de la miseria, que “cumplía el rol de albergar a quienes estaban demás en la ciudad”. PINTO, Jorge, “Al final de un camino. El mundo fronterizo en Chile en tiempos de Balmaceda (1860-1900)”, *Revista Complutense de Historia de América*, nº 22, 1996, pp. 287-322.

⁹⁸⁹ BENGUA, J., *Historia del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 328.

MONTECINO, entre 1900 y 1931 “se perfila nítidamente un proceso de incorporación subordinada del mapuche a la sociedad nacional.”⁹⁹⁰ Esas políticas tuvieron sus efectos y así, a pesar de su marginación, los araucanos comenzaron a transformarse en chilenos no sólo en la ley sino también en la realidad: recibieron educación chilena –“una de las principales formas de ‘chilenización’ a lo largo del siglo XX”⁹⁹¹ –, evangelización de las misiones y participaron en el servicio militar del país. En este sentido, HERNÁNDEZ afirma que hay una contradicción significativa detrás de esto, que lleva a que en realidad estas iniciativas respondan a una racionalidad discriminatoria que se manifestó en la legislación de todo el siglo XX: por un lado, el Estado reconoció la igualdad de derechos de todos sus habitantes desde un primer momento, enfatizando que esto incluía a los pueblos indígenas; pero, por otra parte, promovió una organización social que fomentaba un trato desigual hacia ellos en la práctica.⁹⁹²

En ese escenario, cabe destacar la clasificación que plantea PINTO sobre la sociedad *mapuche* en los primeros treinta años del siglo XX, que según el autor se divide en tres grupos: primero, la gran mayoría de indígenas empobrecidos y minifundistas; en segundo lugar, los profesores y jóvenes *mapuche* que se integraban a la nueva sociedad fronteriza mediante la educación, y, por último, hay una minoría que tuvo cierto éxito conectándose con los nuevos circuitos económicos en la región, donde había desde pequeños productores hasta medianos comerciantes.

Ahora bien, a pesar del discurso integracionista del Estado, en este periodo también se aplicó la violencia contra los *mapuche*, pues el Estado no alcanzaba a controlar los territorios fuera de las grandes ciudades. Por lo tanto, se comenzó incluso a usurpar las tierras que se había entregado a los nativos en el proceso de radicación mediante títulos de merced.⁹⁹³ Hubo muchas formas de hacerlo, usando la fuerza y aprovechando vacíos legales: los planos de colonización no establecían cursos de ríos ni accidentes geográficos, así es que primaba la ley del más fuerte en el traspaso de tierras, incluyendo corridas de cerco violentas, de ríos y esteros mediante diques, arriendos que con el tiempo terminaban siendo ventas, medieros que no se iban nunca y exigían posesión, etc. Estas usurpaciones pasaron a ocupar el centro de la conciencia étnica *mapuche*, pues su cultura se marcó por un sentimiento fuerte de persecución, desconfiando de la sociedad chilena: para ellos, sus miembros eran ladrones que no habían dejado de robarles, primero al radicarlos y luego al quitarles las tierras que les habían entregado con títulos de merced. Esto reforzó su resentimiento y su espíritu de resistencia cultural, centrándose en mantener sus tradiciones, costumbres y lengua para sobrevivir física y socialmente. Así, a comienzos del siglo XX comenzó a forjarse el nuevo discurso *mapuche*, que se mantendría hasta hoy: se recuperaba la historia de los antepasados, se cambiaba el objetivo de la lucha de la independencia al bienestar social, se reivindicaban sus derechos como *mapuche* y como chilenos y se establecía como centro de sus reivindicaciones, la usurpación de tierras, la violencia y la discriminación que han sufrido.

⁹⁹⁰ FOERSTER, Rolf y Sonia MONTECINO, *Organizaciones, líderes y haciendas mapuches (1900-1970)*, Centro de Estudios de la Mujer, Santiago de Chile, 1988, p. 13.

⁹⁹¹ SERRANO, S., “De escuelas indígenas sin pueblos...”, *op. cit.*, p. 473.

⁹⁹² HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, *op. cit.*, pp. 182-183.

⁹⁹³ No hay claridad acerca de la cantidad exacta de hectáreas usurpadas a los *mapuche* en este periodo. Según BENGUA, durante los primeros cincuenta años del siglo XX fue casi un tercio de las tierras concedidas en mercedes, las usurpadas por particulares. Antes de la Reforma Agraria de 1968, la Dirección de Asuntos Indígenas afirmaba que en total se habían usurpado 150 mil hectáreas, es decir, más de un cuarto de toda la tierra entregada en títulos de merced. *Historia del pueblo mapuche...*, *op. cit.*, pp. 367-373.

Tal como se hizo la primera vez, este segundo despojo del pueblo *mapuche* se amparó en la Ley. En 1927, por ejemplo, la Ley nº 4.169 permitió la división de los títulos de merced, lo que llevó a la disolución jurídica de las comunidades que dividieron sus tierras entre las familias.⁹⁹⁴ En base a eso se vendieron muchas tierras en una “usurpación legal” con documentos que completaron los Conservadores de Bienes Raíces. Ésta es precisamente la causa directa de los actuales conflictos entre el Estado y el pueblo *mapuche*, pues desde entonces las comunidades desaparecieron y sus territorios pasaron a manos privadas.

La Comisión Radicadora de Indios se eliminó recién en 1930, con la Ley nº 4.802.⁹⁹⁵ De acuerdo con HERNÁNDEZ, mientras los *mapuche* fueron reducidos a poco más de 500.000 hectáreas bajo títulos de merced durante todo el periodo que la Comisión operó, se entregaron más de 9.000.000 de hectáreas a los colonos prósperos en lotes de 500 hectáreas a cada uno. Es decir, “[a] sólo un millar de colonos no-indígenas, se les entregó casi la misma extensión de tierras que a 83.000 *mapuche*.”⁹⁹⁶ Por esta razón, FOERSTER y MONTECINO afirman que “la radicación puso fin a la riqueza territorial y a la bonanza de la que el indígena gozó antes de la ‘Pacificación de la Araucanía’ y por otro lado, el Estado, al adjudicar esos miles de títulos, fragmentó a la sociedad *mapuche* en pequeñas unidades.”⁹⁹⁷

La misma Ley creó a la vez los “Juzgados de Indios”, tribunales especiales que debían proceder a dividir las comunidades indígenas, siguiendo lo dispuesto en la Ley nº 4.169. Ésta permitía la división de las comunidades si cualquiera de los comuneros así lo solicitaba, pero al menos el Decreto con Fuerza de Ley nº 266 estableció que para la división se requería la solicitud de la tercera parte de la comunidad.⁹⁹⁸

Los Juzgados de Indios funcionaron por un largo periodo, siendo suprimidos recién en 1973 por el gobierno de Salvador Allende, y su actuación significó la casi total desintegración del pueblo *mapuche*, dividiendo sus comunidades en numerosas propiedades pequeñas que muchas veces no llegaban a tener una hectárea. Para esto se creó la Dirección de Asuntos Indígenas, dándole funciones en torno a la división de comunidades araucanas,⁹⁹⁹ y la Ley nº 14.511 transformó los Juzgados de Indios en Juzgados de Letras de Indios, precisando sus atribuciones de manera más amplia.¹⁰⁰⁰ Los *mapuche* se dirigían a esta instancia para reclamar por sus territorios, pero no tuvieron mucho éxito: entre 1961 y 1971 presentaron 1.434 demandas por restitución de tierras, pero los Juzgados de Letras de Indios fallaron a favor de ellos en sólo 352 casos, devolviéndoles apenas 3.380 hectáreas.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁴ Ley nº 4.169, de 29 de agosto de 1927. Diario Oficial de la República de Chile nº 14.367, de 8 de septiembre de 1927, p. 3.819.

⁹⁹⁵ Ley nº 4.802, de 24 de enero de 1930. Diario Oficial de la República de Chile nº 15.596, de 11 de febrero de 1930, p. 642.

⁹⁹⁶ HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, op. cit., p. 185.

⁹⁹⁷ FOERSTER, R. y S. MONTECINO, *Organizaciones, líderes y contiendas mapuches...*, op. cit., p. 13.

⁹⁹⁸ Decreto con Fuerza de Ley nº 266, de 20 de mayo de 1931. Diario Oficial de la República de Chile nº 15.983, de 29 de mayo de 1931, pp. 2.649-2.652.

⁹⁹⁹ Decreto con Fuerza de Ley nº 56, de 25 de abril de 1953, “Crea la Dirección de Asuntos Indígenas, dependiente del Ministerio de Tierras y Colonización”. Diario Oficial de la República de Chile nº 22.549, de 16 de mayo de 1953, pp. 1.037-1.038.

¹⁰⁰⁰ Ley nº 14.511, de 27 de diciembre de 1960. Diario Oficial de la República de Chile nº 21.835, pp. 17-23.

¹⁰⁰¹ HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, op. cit., p. 186.

Todos estos procesos se dieron a la par con el desarrollo de un pensamiento crítico en la cultura *mapuche* que, al ver que sus mecanismos de lucha por sus tierras no daban frutos, comenzó a ver la necesidad de organizarse con el fin de participar colectivamente en la política chilena. En esto tuvo gran influencia la educación que comenzaron a recibir los hijos de los *lonko*. Así, ya en los inicios del siglo XX se fundó la Sociedad Caupolicán defensora de La Araucanía, primera organización *mapuche* independiente tras la radicación del pueblo, dirigida por indígenas educados, que ganó apoyo de varios partidos políticos¹⁰⁰² y facilitó así su participación en algunos asuntos.¹⁰⁰³

Así, durante los años '20 y '30 puede observarse la participación política de algunos dirigentes indígenas, que incluso se presentaron como candidatos a cargos públicos, mostrando mayor apertura y esperanza en su integración a la sociedad *winca*. De hecho, esta estrategia tuvo resultados, y así en 1924 se eligió al primer diputado *mapuche*, Francisco Melivilu. Otros políticos *mapuche* ocuparon cargos municipales en La Araucanía, pero de todos modos no había una organización de masas dedicada a defender sus tierras. En la misma época se fundó la Federación Araucana, que operaba siguiendo la institucionalidad *mapuche* mediante grandes parlamentos. Esto porque, a diferencia de la Sociedad Caupolicán que perseguía la integración del pueblo araucano en la sociedad chilena, reivindicaba su cultura y sociedad tradicional. Dada la importancia que en esto tiene el territorio para los indígenas, su recuperación era clave dentro de sus planteamientos. Más adelante, a fines de los años '30, surgió el Frente Único Araucano, y luego, la Corporación Araucana, una de las organizaciones más importantes del movimiento, que tuvo protagonismo en los '40 y '50, oponiéndose fuertemente a la división de las comunidades.

Estas organizaciones *mapuche* no sólo se dedicaron a reclamar por sus tierras sino que propusieron nuevas visiones desarrollistas, que no chocaban con la modernidad y el progreso que se buscaba para Chile, ni tampoco con la preservación de la cultura indígena. De hecho, según CANIUQUEO, una de las primeras ideas sobre Reforma Agraria en el país fue planteada por la Corporación Araucana, por ejemplo.¹⁰⁰⁴ Ésta se aprobó finalmente en 1962 con la Ley nº 15.020¹⁰⁰⁵, pero no implicó una disolución real de los latifundios: surgieron sólo 491 propietarios en los dos años que estuvo en vigor, y los pocos terrenos recuperados se destinaron a indígenas de la costa que habían sido damnificados por el terremoto de 1960. Es decir, no se utilizaron para restituir las propiedades indígenas, por lo que básicamente no tuvo efectos favorables en el pueblo *mapuche*.

Quizás por lo anterior, en los años '60 se volvieron a utilizar medios no institucionales para recuperar tierras usurpadas, como corridas de cerco, tomas de predios y apropiación de tierras fiscales.¹⁰⁰⁶ Además, el movimiento indígena comenzó a

¹⁰⁰² Por lo general, los *mapuche* preferían vincularse con el Partido Demócrata para llegar a puestos de poder. CANIUQUEO, S., "Siglo XX en *Gulumapu...*", *op. cit.*, p. 175.

¹⁰⁰³ Para un estudio de las diversas organizaciones *mapuche* que surgieron en la primera mitad del siglo XX, consúltese FOERSTER, R. y S. MONTECINO, *Organizaciones, líderes y contiendas mapuches...*, *op. cit.*, pp. 16-67.

¹⁰⁰⁴ CANIUQUEO, S., "Siglo XX en *Gulumapu...*", *op. cit.*, pp. 181-183.

¹⁰⁰⁵ Ley nº 15.020, de 15 de noviembre de 1962, "Reforma Agraria". Diario Oficial de la República de Chile nº 25.403, de 27 de noviembre de 1962, pp. 2.501-2.514.

¹⁰⁰⁶ SALAZAR, Gabriel y Julio PINTO, *Historia contemporánea de Chile II. Actores, identidad y movimiento*, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 1999, p. 157.

nutrirse de la participación de jóvenes universitarios y varios de sus dirigentes comenzaron a establecer relaciones con los partidos políticos de izquierda.¹⁰⁰⁷

Mientras tanto, en 1967 se promulgó la Nueva Ley de Reforma Agraria nº 16.640¹⁰⁰⁸, basada en la idea de que el gran problema de la estructura agraria en Chile eran los minifundios. Su objetivo era mejorar el nivel de vida de los campesinos en general, por lo que tampoco incluyó el factor étnico. Así, la incorporación de los *mapuche* al proceso fue mínima, pues lo hicieron como campesinos pobres, no como pueblos originarios. De todos modos, las organizaciones indígenas impulsaron sus demandas fundándose en esta normativa, centrándose principalmente en la recuperación de los territorios usurpados.

Desde 1970, bajo el gobierno de Salvador Allende, la restitución de tierras araucanas aumentó considerablemente mediante la expropiación en base a la Reforma Agraria que antes había promulgado Eduardo Frei Montalva. A esto contribuyó significativamente la Ley Indígena nº 17.729 de 1972¹⁰⁰⁹, que pretendía garantizar la tenencia de la tierra *mapuche* mediante su inembargabilidad, la prohibición de venderlas a personas que no fueran indígenas, empresas estatales o cooperativas, y establecía la “comunidad indígena indivisa”, requiriendo el acuerdo de todos los miembros de la comunidad para solicitar su división. Como se verá más adelante, esta normativa tuvo muy corta duración, pero fue tremendamente significativa, pues fue la primera vez que el Estado de Chile diseñaba una legislación dedicada específicamente a devolver las tierras usurpadas a los araucanos. Así, el gobierno de la Unidad Popular logró restituir 138 predios a favor de las comunidades *mapuche*, correspondientes a 132.115,78 hectáreas, incluyendo tanto tierras con títulos de merced como territorios ancestrales.¹⁰¹⁰ En este sentido, fue un hito en la historia del movimiento *mapuche*, y hasta hoy no se ha podido superar ese logro en su relación con el Estado.¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁷ CANIUQUEO afirma que esta relación del pueblo *mapuche* con la izquierda política “pasaba por una alianza estratégica y no por una conciencia de clase, lástima que la izquierda no lo comprendió en su momento, e incluso hoy, hay muchos *winka* que no lo entienden así, es más, hay quienes simplemente no aceptan que los *mapuche* no tengamos una conciencia de clase...” CANIUQUEO, S., “Siglo XX en *Gulumapu...*”, *op. cit.*, p. 195.

¹⁰⁰⁸ Ley nº 16.640, de 16 de julio de 1967, “Reforma Agraria”. Diario Oficial de la República de Chile nº 26.804, de 28 de julio de 1967, pp. 2.713-2.760.

¹⁰⁰⁹ Ley nº 17.729, de 15 de septiembre de 1972, “Establece normas sobre indígenas y tierras de indígenas. Transforma la Dirección de Asuntos Indígenas en Instituto de Desarrollo Indígena. Establece disposiciones judiciales, administrativas y de desarrollo educacional en la materia y modifica o deroga los textos legales que señala.” Diario Oficial de la República de Chile nº 28.362, de 26 de septiembre de 1972, pp. 3.893-2.899.

¹⁰¹⁰ Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Editado por el Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas. Primera edición, Santiago de Chile, 2008. El libro contiene una copia fiel del informe que entregó dicha comisión al entonces presidente Ricardo Lagos Escobar, el año 2003. Disponible en http://www.memoriachilena.cl/602/articulos-122901_recurso_2.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

¹⁰¹¹ A pesar de eso, Isabel HERNÁNDEZ enumera varios factores que contribuyeron a que el *mapuche* no pudiera ascender a las unidades de producción de la Reforma Agraria, como su escasez de posibilidades materiales; las profundas diferencias culturales entre la normativa de la Reforma y la organización territorial y productiva de los indígenas; el temor del araucano de abandonar su comunidad y perder el terreno sobre el que tenía derechos; la contrapropaganda de sectores políticos opositores para desacreditar el proceso; las arbitrariedades que sufría el *mapuche*, por parte de una gran mayoría de los funcionarios de la Corporación de la Reforma Agraria y los organismos fiscales del agro en general, y la discriminación que sufría por parte de los campesinos

Por otra parte, el gobierno de Allende no tuvo intenciones de diseñar una política de reconocimiento cultural del pueblo *mapuche*, pero sí elaboró algunas propuestas a largo plazo, especialmente en cuanto a cultura y educación, que no pudieron llevarse a la práctica por su abrupta interrupción. En términos generales puede afirmarse que, aunque con la Unidad Popular no se superó su situación colonial ni se reconocieron sus derechos políticos, ciertamente fue –a ojos de un historiador araucano– “el único momento dentro de la historia colonial del pueblo *mapuche* en que existieron mejores condiciones de bienestar en nuestra población...”¹⁰¹² Por eso, Aylwin ha calificado el periodo entre 1966 y 1973 de Reforma Agraria, como un “paréntesis en el proceso de apropiación del territorio *mapuche*”¹⁰¹³.

Todo este desarrollo se vio drásticamente interrumpido por el Golpe Militar de 1973 y la posterior dictadura de 17 años de Augusto Pinochet. Como es sabido, ésta violó sistemáticamente los derechos humanos en general, pero hacia los indígenas se cometieron violaciones específicas precisamente por su condición de tales: reprimió duramente al pueblo *mapuche*, persiguiendo a sus dirigentes –muchos vinculados a la izquierda política– y encontrándose varios de ellos entre los miles de torturados, detenidos desaparecidos y exiliados que dejó. Además, no sólo congeló los avances antes logrados sino que retrocedió en cuanto a restitución territorial, volviendo a una política de usurpación.

Para esto último, en primer lugar aplicó lo que se conoció como “Contrarreforma Agraria”, devolviendo a sus antiguos dueños los predios que la Reforma Agraria había entregado a los nativos. Por otro lado, con el fin de dividir las comunidades indígenas, Pinochet dictó los Decretos Leyes nº 2.568¹⁰¹⁴ y nº 2.750¹⁰¹⁵, que volvía a permitir esa división a partir de la solicitud de cualquier miembro de ellas, indígena o no. Además, el Decreto Ley nº 2.568 eliminaba el Instituto de Desarrollo Indígena, encargado de aplicar la Ley Indígena de 1972 para promover el desarrollo económico, social y cultural del pueblo *mapuche*. De ese modo, aunque la normativa de Allende seguía vigente, en la práctica no se podía aplicar.

Esta política obedecía a una visión neoliberal que enmarcaba la adopción de un nuevo modelo económico para el país, que tenía la privatización de las tierras como vía hacia el desarrollo agrario. Por tanto, se pretendía promover el pleno acceso individual a la propiedad a través de la entrega de títulos de dominio a los indígenas. Lo que se perseguía con esto era “integrar” al *mapuche* a la nueva economía de mercado y suprimirlo de la sociedad chilena mediante su asimilación.¹⁰¹⁶

no-*mapuche* que se oponían a compartir la nueva organización productiva con el nativo. HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, p. 188.

¹⁰¹² CANIUQUEO, S., “Siglo XX en *Gulumapu...*”, *op. cit.*, p. 208-209.

¹⁰¹³ AYLWIN, José, “La política pública y el derecho de los *mapuche* a la tierra y el territorio”, en José AYLWIN (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera, Temuco, 2004, pp. 279-291, p. 280.

¹⁰¹⁴ Decreto Ley nº 2.568, de 22 de marzo de 1979, “Modifica Ley nº 17.729, sobre protección de indígenas, y radica funciones del Instituto de Desarrollo Indígena en el Instituto de Desarrollo Agropecuario”. Diario Oficial de la República de Chile nº 30.326, de 28 de marzo de 1979, pp. 1.169-1.172.

¹⁰¹⁵ Decreto Ley nº 2.750, de 21 de junio de 1979, “Modifica el título I de la Ley nº 17.729, fijado por el artículo 1º del Decreto Ley nº 2.568, de 1979”. Diario Oficial de la República de Chile nº 30.410, de 10 de julio de 1979, p. 2.454.

¹⁰¹⁶ HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, *op. cit.*, pp. 202-203.

De esta manera, amparado en el Decreto Ley nº 2.568, el régimen militar dividió las comunidades y constituyó hijuelas individuales, eliminando la propiedad colectiva del *mapuche* y desintegrando su comunidad sociocultural, base de su identidad. Los indígenas se convertían así en ciudadanos corrientes, sin consideración a su etnia ni cultura: de hecho, el artículo 1 de dicha normativa establecía que las hijuelas dejaban de ser tierras indígenas y sus habitantes dejaban de ser indígenas.¹⁰¹⁷

Este gran revés en la lucha del pueblo *mapuche* por sus derechos y sus tierras tuvo graves consecuencias con efectos relevantes hasta hoy. Por ejemplo, la división de las comunidades muchas veces significó dividir a los araucanos campesinos que quedaban con títulos de propiedad, de sus parientes que habían migrado a las ciudades y que habían sido calificados como “ausentes”. Así, el Estado pagó “derechos de ausentes” para eliminar la sociedad sucesorial de los descendientes del titular de la propiedad, y poder entonces “liquidar” los títulos.¹⁰¹⁸

En este sentido, la legislación impulsada por la dictadura afectó negativamente al pueblo *mapuche*, cuya situación empeoró en aspectos tan esenciales para él como la propiedad comunitaria de sus territorios ancestrales y el uso de sus recursos. Por otro lado, la fuerte represión terminó desarticulando el movimiento indígena, quedando algunas pocas organizaciones que no podían ejercer mayor presión.

No obstante, dentro de las comunidades la mayor parte de los *mapuche* empezó a elaborar lo que HERNÁNDEZ llama “estrategias cotidianas de sobrevivencia cultural autónoma”¹⁰¹⁹, que evidenciaron los elementos centrales de su organización tradicional, como la solidaridad familiar y la relación íntima y respetuosa con su territorio. A partir de esto comenzaron a retomarse algunas prácticas culturales y religiosas tradicionales.

Estos procesos deben ubicarse dentro del contexto regional, pues en toda América Latina la década de 1980 incluyó crisis políticas violentas y cambios estructurales, así como el nacimiento de un nuevo discurso indígena que se basaba en la etnicidad y criticaba las anteriores miradas campesinista e integracionista. Es lo que se denominó como “indianismo” o “movimientos autonómicos”¹⁰²⁰, y fue el contexto que facilitó el surgimiento de lo *mapuche* como diferenciación étnica dentro de la sociedad chilena. En

¹⁰¹⁷ La disposición señala lo siguiente: “Son tierras indígenas para los efectos de esta ley, las concedidas: a) A título de merced de conformidad a las leyes de 4 de Diciembre de 1866, de 4 de Agosto de 1874 y 20 de Enero de 1883, mientras permanezcan en estado de indivisión; b) Mediante título gratuito de dominio de conformidad con los artículos 4° y 14 de la ley número 4.169; artículos 13, 29 y 30 de la ley número 4.802; artículos 70 al 74 -ambos inclusive- del decreto supremo número 4.111, que fijó el texto definitivo de la ley N° 4.802; artículos 82 y 84 de la ley N° 14.511; la ley N° 16.436 y con las disposiciones legales que las hayan modificado o complementado, mientras dichas tierras estén indivisas. *A partir de la fecha de su inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, las hijuelas resultantes de la división de las reservas, dejarán de considerarse tierras indígenas, e indígenas a sus dueños o adjudicatorios.*” (Énfasis añadido)

¹⁰¹⁸ Hasta entonces, la comunidad estaba conformada por los *mapuche* que vivían en el campo y también los que se habían trasladado a las ciudades, pero que aún se sentían parte de la reservación y dueños o herederos de sus territorios, viajando al campo a visitar a sus parientes y ayudar en las tareas agrícolas. En fin, eran parte de la comunidad. BENGOA, José (ed.), *Mapuche. Procesos, políticas y culturas en el Chile del Bicentenario*, Catalonia, Santiago de Chile, 2012, p. 14.

¹⁰¹⁹ HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, op. cit., p. 206.

¹⁰²⁰ Al conmemorar la conquista de América en 1992, surgieron varios movimientos relevantes fundados en este discurso, como el de Chiapas en México e incluso el que originó la actual Bolivia de Evo Morales. BENGOA, J. (ed.), *Mapuche. Procesos...*, op. cit., pp. 15-16.

los otros países de la región, además, los gobiernos respondían a este impulso a través de nuevas legislaciones que lo respaldaban. Así es como varios comenzaron a reconocer jurídicamente la diversidad étnica de sus poblaciones, dando los primeros pasos a la multi o pluriculturalidad.

2.2.4 PROMESAS NO CUMPLIDAS Y RADICALIZACIÓN DEL CONFLICTO

Respondiendo al espíritu indianista mencionado, y bajo la influencia del ánimo democrático que acompañó al fin de la dictadura de Pinochet, en 1989 se firmó el Acuerdo de Nueva Imperial entre las organizaciones indígenas y el entonces candidato a Presidente de la República, Patricio Aylwin. En este pacto, los nativos se comprometían a apoyar su futuro gobierno y a utilizar las vías institucionales para plantear sus demandas, abandonando medios ilegales y violentos como las tomas de predios. Por su parte, el que sería el primer gobierno democrático tras el régimen militar se obligaba a reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas, así como a crear una Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, un Fondo Nacional de Etnodesarrollo y una Comisión Especial para los Pueblos Indígenas que contara con la participación de los mismos.¹⁰²¹ De esos años data la demanda de las comunidades nativas en Chile por su reconocimiento legal en la Carta Magna, articulándola más detalladamente con los años, hasta incluir su participación en asuntos públicos, una legislación específica que les proteja y la regulación del uso de los recursos naturales de sus territorios ancestrales. De acuerdo con CONTESE, la demanda central sigue siendo actualmente que se les garantice un estatus legal.¹⁰²²

Por otro lado, la vuelta a la democracia en Chile implicó también el surgimiento de los debates sobre derechos humanos, por su violación sistemática a lo largo de toda la dictadura. Aprovechando que el tema estaba en la agenda pública, los *mapuche* se apoyaron en el discurso del Derecho Internacional de los derechos humanos para insistir en sus requerimientos, especialmente una vez que veían que el gobierno no tomaba medidas para cumplir sus compromisos adquiridos en Nueva Imperial. Esto, sumado a que en 1989 se había firmado el Convenio nº 169 de la OIT y Chile no parecía estar muy dispuesto a ratificarlo.

De todos modos, la Comisión prometida en el histórico acuerdo de 1989 efectivamente se conformó y entregó al Presidente Aylwin un Anteproyecto de Ley que en 1993 pasó a ser la Ley Indígena que aún está vigente, y que constituye la única legislación especial dedicada a los pueblos originarios del país. Como se verá más adelante, esta Ley mantiene un tono agrarista y desarrollista, sin considerar mayormente los derechos políticos indígenas, por ejemplo. Junto con esto, el Congreso Nacional rechazaba la reforma constitucional.

Todo esto provocó una gran disconformidad y decepción en el movimiento *mapuche*, que comenzó a canalizar sus demandas por otras vías, algunas pacíficas – marchas, huelgas de hambre– y otras más violentas –cortes de carreteras, tomas de terrenos, incendios, quema de maquinaria, tala de árboles–. Este tipo de medidas se han mantenido hasta hoy, pues la respuesta de los distintos gobiernos no ha favorecido que

¹⁰²¹ Acuerdo de Nueva Imperial, de 1 de diciembre de 1989. Disponible en www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_details/21-acuerdo-de-nueva-imperial-1989.html [última visita: 27 de octubre de 2017].

¹⁰²² CONTESE, Jorge, "Indigenous peoples in Chile: the quest to become a constitutional entity", en Austin SARAT (ed.), *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 55, Emerald Group Publishing Limited, 2011, pp. 19-41, p. 20.

el conflicto tome otro rumbo centrado en el diálogo. De hecho, lo que las autoridades han hecho es reprimir la protesta *mapuche* con fuerza policial y utilizar la Ley Antiterrorista para juzgar a sus activistas acusados de estos delitos. Sobre esto volveremos más adelante, pero basta mencionar por ahora que ha habido un importante cuestionamiento a nivel internacional de la aplicación de esta normativa al pueblo *mapuche* porque no garantiza el debido proceso.

Las gestiones gubernamentales de 1996 y 1997 continuaron alimentando el conflicto, principalmente por la construcción de la central hidroeléctrica Ralco¹⁰²³, así como por la expansión de la industria forestal en la región.¹⁰²⁴ A partir de entonces se rompió la vía institucional en las relaciones entre el Estado y el pueblo *mapuche*, aumentando los ataques incendiarios a camiones madereros. Un hito importante fue la fundación de la Coordinadora Arauco-Malleco en 1997, que abandonaba los compromisos adquiridos en Nueva Imperial, comenzando así una nueva etapa en el movimiento indígena. Se había producido un relevo generacional dentro del mismo, y su discurso se centró en las ideas de “territorio *mapuche*” y “autonomía”. Entre 1997 y 1999 habían aumentado los recursos para comprar tierras indígenas, pero la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante, CONADI)¹⁰²⁵ no consideró correctamente los reclamos de las comunidades por sus territorios ancestrales y, ante la dificultad de adquirirlos, optó por terrenos ubicados muy lejos de ellas, que no satisfacían sus necesidades.

Por todo lo expuesto, podemos concordar con Jorge PINTO en cuanto a que el panorama que se dibuja a lo largo de todo el siglo XX presenta cinco paradojas significativas, que demuestran el fracaso de las políticas que ha tomado el Estado de Chile para entablar relaciones con el pueblo *mapuche* que habita dentro de sus fronteras, particularmente en La Araucanía.¹⁰²⁶

¹⁰²³ Proyecto de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. (ENDESA, creada por el Estado y privatizada a fines de la dictadura de Pinochet) en la cuenca superior del Bío-Bío. Desde los años '60 planeó construir centrales hidroeléctricas en el río, lo que significaba inundar cerca de 22.000 hectáreas en el hábitat del pueblo *mapuche*. A comienzos de los '90 el gobierno le autorizó construir la Central Pangué, cuando aún no había legislación ambiental ni indígena que lo restringieran. A principios de 1995, la empresa tuvo que hacer un Estudio de Impacto Ambiental que exigía la nueva ley de medio ambiente para empezar la segunda represa, Ralco, que iba a afectar 3500 hectáreas *mapuche*, debiendo relocalizarse a más de cien familias. Este estudio fue rechazado por casi todos los servicios públicos consultados por las comunidades afectadas y no afectadas directamente, pero luego la CONAMA autorizó la construcción de la central. El 2003 el gobierno firmó un acuerdo con las cuatro familias *mapuche* que aún se resistían a entregar sus tierras, y así recibieron una indemnización y otros predios a cambio, además del compromiso del gobierno y la empresa para tomar medidas en beneficio de los afectados. El 2004, el Estado se comprometió ante la CIDH a crear la comuna de Alto Biobío, donde no se volverían a construir centrales en territorio indígena.

¹⁰²⁴ En 1974 Chile tenía 480.000 hectáreas de plantaciones de pino y eucalipto (especies utilizadas para la industria papelera), y en 2013 la cifra ya había subido a 2.447.591 hectáreas. El 57,9% de esas plantaciones están en las regiones del Biobío y La Araucanía, muchas de ellas en territorios que los *mapuche* reclaman de su propiedad. TORRES-SALINAS, Robinson *et al.*, “Desarrollo forestal, escasez hídrica, y la protesta social mapuche por la justicia ambiental en Chile”, *Ambiente & Sociedad*, vol. XIX, nº 1, enero-marzo 2016, pp. 121-146.

¹⁰²⁵ Organismo público encargado de promover, coordinar y ejecutar la política pública en materia de asuntos indígenas, incluyendo la política de tierras indígenas. Fue creada por la Ley Indígena de 1993, que se detallará más adelante.

¹⁰²⁶ PINTO, J., *La formación del Estado...*, *op. cit.*, pp. 287-292.

En primer lugar, está la paradoja económica: la ocupación de la región respondía al modelo de crecimiento hacia fuera y exportación que se quería fomentar en el siglo XIX, pero tras su conquista dicho modelo entró en crisis y se quiso impulsar la industria nacional.

Por otro lado, fracasó también la utopía agraria, pues el pequeño agricultor no pudo satisfacer las demandas y así muchos colonos se empobrecieron. Esto fue de la mano con un fracaso de la política de inmigración europea, que no acarreó el progreso prometido y en cambio provocó resentimiento en los colonos chilenos excluidos.

Además, las políticas que pretendían asimilar o extinguir al mapuche paradójicamente terminaron por impulsar su conciencia étnica, reclamando hasta hoy sus territorios ancestrales, su reconocimiento como pueblo distinto y cierto grado de autonomía.

Finalmente, y como en todo el mundo, fracasó la construcción del Estado nacional, pues su proyecto no logró incorporar a todos los grupos de la población. En este sentido, cabe recordar que la falta de reconocimiento de su diversidad cultural y plurinacionalidad, ha impulsado las actuales protestas mapuche.

Como respuesta al descontento indígena, el año 2000 se concretó el Programa Orígenes con fondos del Banco Interamericano del Desarrollo, lo que hizo disminuir la intensidad de las protestas. Así se seguían sumando millones de dólares a la compra de tierras, pero con resultados que no terminaban definitivamente con el conflicto y de hecho a veces lo fomentaban, a causa de las peleas internas que el proceso generaba en las comunidades.¹⁰²⁷

El Programa Orígenes contemplaba otro tipo de medidas también, siempre encaminadas a sacar de la pobreza al pueblo *mapuche*, especialmente en el campo: construcción de caminos, provisión de agua potable y electrificación rural, entre otras cosas. No obstante, al mismo tiempo se daba inicio a los juicios contra dirigentes *mapuche* por determinados delitos, los cuales incluían acusaciones de terrorismo. Esto distanciaba aun más a las partes, entre las que ya faltaba diálogo, y así se mantenía la protesta violenta y la consiguiente fuerte represión estatal. Ya en ese entonces, el especialista chileno en derechos indígenas, José AYLWIN, advertía el fin de la etapa que había comenzado en 1989 con el Acuerdo de Nueva Imperial, y destacaba la necesidad de fomentar un diálogo real entre el Estado, las empresas y las comunidades *mapuche*, en el cual también debería incluirse a la sociedad chilena en su conjunto.¹⁰²⁸

Por lo anterior, el 2001 se conformó la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, la cual elaboraría un informe de gran trascendencia, que entregó dos años más tarde. En él recomendaba algunas medidas para dar cierto grado de autonomía a los pueblos indígenas y de influencia concreta en la política mediante mecanismos institucionales determinados: un sistema de participación directa en el Congreso a través de cuotas especiales, territorios con ciertas formas de autogobierno, y una especie de

¹⁰²⁷ BENGUA, José y Natalia CANIGUAN, “Los *mapuche* y el Bicentenario”, en José BENGUA (ed.), *Mapuche. Procesos, políticas y culturas en el Chile del Bicentenario*, Catalonia, Santiago de Chile, 2012, pp. 27-51, pp. 37-41. Los autores han criticado la poca transparencia de la CONADI en estos procesos, pues nunca se publicaron los listados de los fondos adquiridos, su ubicación, su propietario, su precio y sus beneficiarios. Muchas veces incluso se mezclan cifras de tierras que provenían de fisco con tierras compradas, por ejemplo.

¹⁰²⁸ AYLWIN, José, “Los conflictos en el territorio mapuche: antecedentes y perspectivas”, *Perspectivas*, vol. 3, nº 2, 2000, pp. 277-300.

doble ciudadanía, por ejemplo. Todo esto, junto con reconocerlos jurídicamente en la Constitución de la República.¹⁰²⁹ Sin embargo, todas esas propuestas quedaron en el papel y hasta ahora no se ha llevado a cabo ninguna de ellas, lo que demuestra la falta de voluntad política para avanzar realmente en resolver esta situación. Además, al mismo tiempo se mantenía la dura represión policial por parte del Estado, en respuesta a los reclamos del empresariado y los sectores conservadores, incluso con actos violentos que vulneraban los derechos fundamentales de los indígenas.¹⁰³⁰ Esto comenzó a fragmentar el movimiento *mapuche* y los más subversivos pasaron a la clandestinidad, permaneciendo activos desde ahí. “Sin duda, este ciclo inicia una profunda deslegitimación de los principales mecanismos institucionales de canalización de las demandas *mapuche* y una enérgica condena de los organismos internacionales (...) a la irregularidad legal con que los gobiernos reprimen la protesta.”¹⁰³¹ De todos modos, desde el 2003 volvió a surgir la alternativa político-electoral entre los *mapuche* más moderados.¹⁰³²

El año 2007 los repertorios radicales de protesta –ocupación, destrucción, incendio de predios y propiedad de empresas forestales– comenzaron a ganar aceptación transversal en el movimiento *mapuche*, incluso en sectores dispuestos a utilizar el sistema político *winka* para sus reclamos. Ante esto, aunque se ratificó el Convenio 169 y se puso en marcha el Pacto Social por la Multiculturalidad¹⁰³³, también se continuó aplicando la Ley Antiterrorista a los dirigentes *mapuche* radicales. Así se entró en la etapa menos dialogante del conflicto: según ARAYA, “el discurso mapuche del periodo 2008-2012 se caracteriza por ser más radical y no aceptar condiciones ni imposiciones del Estado de Chile, conformando el inicio del término de una etapa de dominación.”¹⁰³⁴

De esa manera, desde el 2010 fueron confluyendo varios factores para que se diera una escalada en el conflicto: el primer gobierno de derecha desde 1990, por ejemplo, la promulgación de la Ley nº 20.488¹⁰³⁵ y una represión policial cada vez más fuerte en La Araucanía. En 2014 y 2015 el gobierno aumentó la compra de tierras, pero excluyendo a las comunidades que ejercían control territorial *de facto* en ellas. Además, la empresa Forestal Mininco se resistía a dialogar y negociar con la CONADI, algo contrario

¹⁰²⁹ Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, pp. 529 y ss.

¹⁰³⁰ AYLWIN, J., “La política pública y el derecho de los *mapuche*...”, *op. cit.*, p. 289.

¹⁰³¹ ROJAS PEDEMONTE, Nicolás y Omar MIRANDA, “Dinámica sociopolítica del conflicto y la violencia en territorio mapuche. Particularidades históricas de un nuevo ciclo en las relaciones contenciosas”, *Revista de Sociología*, nº 30, 2015, pp. 33-69, p. 45.

¹⁰³² De hecho, hay cierta representación política indígena en los municipios (se eligieron ocho alcaldes *mapuche* el 2004), pero no en el parlamento (el último diputado fue Francisco Huenchumilla, elegido en 1997).

¹⁰³³ Plan de acción de la presidenta Michelle Bachelet dentro de su política indígena, centrado en tres áreas: sistema político, derechos e institucionalidad; desarrollo integral de los pueblos, y multiculturalidad y diversidad.

¹⁰³⁴ ARAYA ANABALÓN, Jorge, *El reconocimiento del pueblo mapuche como superación del conflicto interétnico con el Estado de Chile: propuesta para una ciudadanía intercultural*, tesis doctoral dirigida por Adela Cortina Orts y Juan Carlos Siurana Aparisi, Universidad de Valencia, Valencia, 2013, p. 96.

¹⁰³⁵ Ley nº 20.488, de 28 de diciembre de 2010, “Prorroga vigencia del Decreto Ley nº 701, de 1974, y aumenta incentivos a la forestación”. Diario Oficial de la República de Chile nº 39.849, de 3 de enero de 2011, pp. 1-2. Como se verá más adelante, esta normativa implica un fomento a la industria forestal, la cual se ha desarrollado en buena medida en territorios cuya propiedad reclama el pueblo *mapuche*, y dadas sus características ha afectado negativamente las condiciones ambientales y sociales de la vida de estas comunidades. Por estas razones, es una de las principales causas de los conflictos actuales entre el Estado y el pueblo *mapuche* en la actualidad.

a la tendencia general. Así, se legitimaba la confrontación y la violencia política en la mayor parte del movimiento *mapuche*, basada en la autodefensa frente a la exagerada represión policial y la poca voluntad de diálogo del gobierno, que eliminaba las alternativas institucionales para canalizar sus demandas. En palabras de ROJAS y MIRANDA, “[s]in duda, el Estado no le estaría ofreciendo incentivo a la moderación.”¹⁰³⁶ Por eso los autores identifican esa escalada de violencia en ambas partes desde aproximadamente el 2015, lo que responde a “una nueva fase de las relaciones entre el Estado chileno/empresas forestales y el movimiento mapuche.”¹⁰³⁷

De esa manera, se ha llegado a una situación en que las demandas *mapuche* se centran primero en la recuperación de sus territorios ancestrales, pero además en la autodeterminación, el autogobierno y la autonomía. A juicio de HERNÁNDEZ, la importancia que cobran estos últimos aspectos como derechos políticos del grupo se debe a varios factores, a saber¹⁰³⁸:

- a) Un nuevo concepto de ciudadanía, que incluye “la aspiración por el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, así como el respeto por la identidad étnica de los ciudadanos.”
- b) Los avances en la legislación internacional sobre pueblos indígenas, a lo que ya se ha referido el capítulo anterior de esta investigación.
- c) El gran desarrollo que han experimentado los movimientos indígenas latinoamericanos en general y las organizaciones *mapuche* en Chile en particular.
- d) El retraso del gobierno chileno en cuanto a la legislación que protege a los pueblos indígenas, de acuerdo con las normas de Derecho Internacional y los tratados ratificados al respecto.
- e) La expansión de proyectos de inversión privada que explotan recursos naturales en territorios *mapuche*, amparados en el consentimiento y apoyo del Estado.
- f) La fuerte represión estatal, mediante el uso de la fuerza pública y la aplicación de la Ley Anti-terrorista a dirigentes *mapuche*, sin considerar el carácter étnico de las demandas que motivan los delitos de los que se les acusa.

2.3 Balance Histórico de la Relación entre el Estado de Chile y el Pueblo Mapuche

La raíz del conflicto entre el Estado de Chile y el pueblo *mapuche* puede encontrarse, en primer lugar, en los comienzos de su relación, pues está en el surgimiento mismo del país como república. De hecho, “el Estado no fue una construcción histórica de

¹⁰³⁶ ROJAS PEDEMONTE, N. y O. MIRANDA, “Dinámica sociopolítica del conflicto...”, *op. cit.*, p. 53. Los autores afirman que en esta etapa son radicales sus discursos y también sus repertorios de contienda, (ocupación de tierras, huelgas de hambre, corte de caminos, quema de maquinarias, incendios, etc.). Hay comunidades que no quieren involucrarse en enfrentamientos, pero sí hay una aceptación general de todas las formas de lucha como válidas.

¹⁰³⁷ ROJAS PEDEMONTE, N. y O. MIRANDA, “Dinámica sociopolítica del conflicto...”, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰³⁸ HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, *op. cit.*, pp. 210-211.

los *Mapuche*¹⁰³⁹, a los que se anexó contra su voluntad a un sistema y una cultura que no sólo eran distintos sino que no aceptaban los suyos.

Como se ha podido apreciar, “[l]a historia de la relación entre el Estado chileno y el pueblo *mapuche* es la de una constante y forzada asimilación de éste a aquél.”¹⁰⁴⁰ Esto, a través de la usurpación sistemática de sus tierras mediante traspasos fraudulentos a particulares, la mal llamada “Pacificación” de La Araucanía y la posterior radicación de los *mapuche* en reducciones. Todo esto, siempre bajo el amparo de la Ley, pues las acciones y medidas se llevaron a cabo en base a normativas dictadas para ello y decisiones parlamentarias. En las últimas décadas, siendo Chile un Estado que ha ratificado los tratados internacionales más relevantes en materia de derechos humanos y también algunos específicos sobre pueblos indígenas, no ha sido capaz –ni ha tenido la voluntad– de solucionar las demandas *mapuche* y poner fin al histórico conflicto.

La imagen que se tiene generalmente de los pueblos originarios del continente americano es que fue la conquista española y portuguesa, y el posterior periodo colonial, lo que les diezmó considerablemente y terminó sometiéndolos a la sociedad dominante por la fuerza. Sin embargo, aunque eso es cierto, en Chile la independencia del país significó el fin de la independencia *mapuche*, y fue la posterior construcción del Estado y la nación lo que se transformó “en la peor agresión que experimentó el mundo indígena en toda su historia, arrebatándole sus tierras y excluyéndolo del proyecto nacional que se empezó a formular en la primera mitad del siglo XIX.”¹⁰⁴¹

A partir de entonces, la relación entre el pueblo araucano y el Estado de Chile no ha podido mejorar, y de hecho en algunos aspectos ha ido empeorando, siempre con un trasfondo de sumisión de las comunidades originarias bajo el Estado nacional, el cual incluso ha negado históricamente su reconocimiento como pueblo indígena.

Ciertamente los sucesos desde la vuelta a la democracia marcan el contexto y esconden las causas del conflicto actual, pues si bien éste tiene raíces históricas de larga data, es desde 1990 que el pueblo *mapuche* puede plantear sus demandas ante un Estado democrático que se comprometió a reconocerlos constitucionalmente y garantizarles protección. El tipo de medidas gubernamentales que se han tomado para ese efecto, en cambio, ha llevado estos problemas por otros caminos: si bien se organizaron comisiones de diálogo y de trabajo y se realizaron consultas a las comunidades indígenas, finalmente sus resultados no se utilizaron en la práctica, pues al mismo tiempo las demandas *mapuche* se radicalizaban, incluyendo, por ejemplo, autonomía territorial. De acuerdo con BENGUA y CANIGUAN, para el Estado estos asuntos eran más complejos, por lo que nunca se quisieron aceptar. Así, respondió obviándolos y centrándose en planes de desarrollo local, donaciones, subsidios y recursos en general. En este sentido, afirman que “ha existido una estrecha relación entre la presión y demanda *mapuche* y las políticas del Estado.”¹⁰⁴²

A raíz de esto, ROJAS y MIRANDA identifican cinco ciclos relacionales entre el Estado chileno y el pueblo *mapuche* desde 1990, de los cuales el último se caracteriza por la legitimación transversal de la violencia como medio de lucha en el movimiento *mapuche*.

¹⁰³⁹ MARIMÁN, Pablo; Sergio CANIUQUEO; Rodrigo LEVIL y José MILLALEN, *¡...Escucha, winka...! Cuatro ensayos de Historia Nacional Mapuche y un epílogo sobre el futuro*, Lom Ediciones, Santiago, 2006, p. 15.

¹⁰⁴⁰ CONTESSE, J., “La rebelde democracia...”, *op. cit.*, p. 246.

¹⁰⁴¹ PINTO, J., *La formación del Estado...*, *op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁰⁴² BENGUA, J. y N. CANIGUAN, “Los *mapuche* y el Bicentenario”, *op. cit.*, p. 28.

Esto dentro de un marco antiforestal que destaca el daño ambiental, cultural y económico de la industria, y de un contexto cultural de revaloración de la espiritualidad araucana.¹⁰⁴³

Durante los casi treinta años de democracia que han sucedido a la dictadura de Pinochet en Chile, efectivamente ha habido algunos avances en la situación de los pueblos originarios en el país: la Ley Indígena 19.253¹⁰⁴⁴ y el informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato son buenos ejemplos de eso. No obstante, las instituciones estatales no han podido solucionar las demandas *mapuche*, demostrando falta de voluntad política por parte de los distintos gobiernos y acrecentando el conflicto en La Araucanía. El primer obstáculo a la solución de este problema es la falta de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. En segundo lugar, la institucionalidad que se ha creado para tratar estos asuntos termina siendo una imposición para los nativos en todo sentido, sin que se dé espacio para que sus representantes participen en casi ninguna etapa de los procesos. Así sucede con la estructura de la CONADI, órgano que nace del Estado y que tiene a sus representantes como mayoría en el Consejo Nacional, cuyo director es, además, nombrado directamente por el Presidente de la República. Por último, sólo ha devuelto tierras indígenas que tuvieran previamente algún título legal reconocido por el Estado. Así, el mecanismo de subsidio ha significado mayor inversión en tierras de propiedad individual y no comunitarias.

Por tanto, los resultados de estas políticas no han sido los esperados y no han logrado solucionar el conflicto, básicamente porque las medidas tomadas no satisfacen las demandas más importantes para las comunidades. De hecho, aunque las condiciones de sus miembros pueden haber mejorado en cuanto al acceso a la educación¹⁰⁴⁵, a servicios básicos y bienes materiales y a la recuperación de parte de sus territorios, las políticas gubernamentales no han hecho más que alejar las posiciones de ambas partes, dificultando el diálogo entre las organizaciones indígenas y el Estado y fomentando indirectamente la violencia en las regiones más afectadas.

A juicio de HERNÁNDEZ, esto sucede porque las políticas públicas que se han aplicado aún responden a una visión paternalista de la situación, que finalmente mantiene la exclusión y marginalización de los nativos. En este sentido, la autora afirma que la supuesta integración del *mapuche* que persigue el Estado chileno “es sinónimo de asimilación y despersonalización cultural, ya que no se trata de una integración con igualdad en el ejercicio de los derechos; nunca se ha tratado de eso. Se trata de una inclusión degradada, que mantiene las desigualdades en los más variados planos...”¹⁰⁴⁶ Con esta idea concuerda CONTESE, quien establece la clara distinción entre ambos tipos de políticas, y dice tajantemente que “los esfuerzos o intentos por *integrar* al pueblo *mapuche* han sido datos más bien inéditos en los años de vida independiente del país, privilegiándose, en cambio, una política de asimilación (forzada), que ha permeado con

¹⁰⁴³ ROJAS PEDEMONTE, N. y O. MIRANDA, “Dinámica sociopolítica del conflicto...”, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

¹⁰⁴⁴ Ley n° 19.253, de 28 de septiembre de 1993, “Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”. Diario Oficial de la República de Chile n° 34.683, pp. 2-8.

¹⁰⁴⁵ Las becas indígenas de estudio han sido fundamentales dentro de las políticas de gobierno hacia los pueblos originarios, aumentando permanentemente los recursos para estos programas. Esto, probablemente porque se cree que la educación facilitará la integración cultural, lo que bajaría las tensiones sociales. De hecho, BENGUA y CANIGUAN afirman que hay una estrecha relación entre las movilizaciones *mapuche* y el aumento del presupuesto nacional de becas de estudio. “Los *mapuche* y el Bicentenario”, *op. cit.*, pp. 46-47.

¹⁰⁴⁶ HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, *op. cit.*, p. 222.

éxito el tejido social, generando, además, una discriminación *de facto* (y su consecuente exclusión) por parte de la propia sociedad chilena.”¹⁰⁴⁷

A esto se ha sumado la insistencia de los últimos gobiernos por utilizar la Ley Antiterrorista para juzgar los delitos cometidos por grupos *mapuche* dentro del contexto de la lucha por sus demandas, la cual constituye, a juicio del mismo CONTESE, el “instrumento político-criminal más represivo”¹⁰⁴⁸.

Considerando que a estos aspectos político y jurídico acompaña una fuerte represión policial, es evidente que el planteamiento general que han adoptado los distintos gobiernos para establecer relaciones con los pueblos indígenas y atender a sus demandas, sólo ha servido para pavimentar el camino hacia una escalada de violencia en general y una radicalización de las posturas de ambas partes.

En este escenario, pasaremos a revisar cuáles son las demandas del pueblo *mapuche* en Chile y cuál es el marco jurídico que protege a las comunidades indígenas en el país, bajo el cual éste puede presentarlas y exigir sus derechos.

¹⁰⁴⁷ CONTESE, J., “La rebelde democracia...”, *op. cit.*, p. 246.

¹⁰⁴⁸ CONTESE, J., “La rebelde democracia...”, *op. cit.*, p. 253.

3. Las Demandas del Pueblo Mapuche en Chile y su Marco Jurídico

Las demandas que presenta el movimiento *mapuche* en Chile son las que se pueden identificar en su discurso público, entendiendo éste como el “conjunto de textos que las organizaciones, instituciones y personas mapuche envían en forma irregular, constante y mediante formas discursivas variadas a la sociedad mayoritaria y a sus autoridades, con el fin de plantear y replantear sus problemas, exponer y exigir sus derechos, poner en juego las diversas manifestaciones de su identidad y expresar sus demandas y reivindicaciones en el contexto de la situación sociopolítica que están viviendo.”¹⁰⁴⁹

En este sentido, lo que transmite el discurso *mapuche* es principalmente un anhelo de emancipación y autonomía política, a partir de la revitalización de su conciencia e identidad étnica. El tono en que sus miembros plantean sus demandas es más de negociación que de acercamiento, lo que se explica por la desconfianza que ha generado en ellos la inutilidad práctica de los canales regulares ofrecidos por el Estado dada la poca voluntad política de sus autoridades.

Por lo tanto, en la última década el pueblo *mapuche* ha elaborado un discurso reivindicativo, basado en la exigencia del cumplimiento de las obligaciones internacionales de Estado de Chile en cuanto a la garantía de sus derechos, según los tratados que ha ratificado al respecto. Así, su demanda principal es su reconocimiento constitucional como pueblo indígena, del cual derivan sus derechos territoriales y, un aspecto esencial en su discurso, la recuperación de los territorios de los que históricamente se les ha despojado.

Dentro del movimiento hay posturas más moderadas y otras más radicales, por lo que el énfasis puede variar desde exigir mayor autonomía a exigir mayor participación dentro del sistema estatal, lo que refleja el siempre vigente problema acerca de integrarse a la sociedad chilena, bajo ciertas circunstancias inclusivas, o no. No obstante, el ejercicio de su derecho de autodeterminación es algo transversal, y que obedece a los desarrollos que en la comunidad internacional se han seguido al respecto. De esa demanda surgen las reivindicaciones de sus territorios y de poder controlar el uso de sus recursos naturales, por lo que exigen se garantice su derecho a administrar el uso del suelo. De su libre determinación surgen también sus exigencias porque se respeten sus mecanismos de toma de decisiones y sus formas de organización en todo ámbito, aunque siempre dentro del Estado de Chile.

Todas estas demandas deben entenderse dentro de su interés en mantener su cultura, que es también un interés que el Estado debería tener. En este sentido, cabe destacar que “[e]l objetivo de la autonomía no es un fin en sí mismo, sino el medio que les proporcionaría los recursos para preservar su identidad cultural como pueblo.”¹⁰⁵⁰

Pues bien, el marco jurídico bajo el cual el pueblo *mapuche* puede plantear esas reclamaciones actualmente en Chile, está conformado por distintos instrumentos que de

¹⁰⁴⁹ ARAYA, J., *El reconocimiento del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 85.

¹⁰⁵⁰ ARAYA, J., *El reconocimiento del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 415.

todos modos le sitúan en un panorama bastante desalentador.

Antes que todo, Chile se encuentra obligado por los tratados internacionales de los que es parte. En este sentido, cabe recordar que desde hace casi treinta años, con la vuelta a la democracia, el Estado ha venido ratificando diversos convenios que protegen los derechos humanos, ámbito dentro del cual se ubica la protección de los pueblos indígenas. Por eso, debe tenerse siempre en cuenta que Chile ratificó el PIDCP, la Convención contra la Discriminación Racial, la CADH y el Convenio nº 169 de la OIT, por mencionar los más relevantes a estos efectos. La ratificación de este último se logró el 2008 tras largas y arduas negociaciones, lo que demuestra la reticencia y falta de voluntad política en el país, por reconocer a sus pueblos originarios. De todos modos, es finalmente “[l]a única válvula legislativa” que puede apreciarse en el periodo, que abre “una etapa quizás diferente en el conflicto mapuche, en que se contará con instrumentos jurídicos más apropiados.”¹⁰⁵¹

Dado que el Convenio nº 169 y los demás instrumentos internacionales relacionados ya se han analizado oportunamente, pasaremos a estudiar a continuación la legislación nacional en torno a los pueblos indígenas en Chile, que es el modo en que el Estado aplica los compromisos adquiridos con la comunidad internacional.

En este sentido, la protección que tienen los pueblos originarios en el sistema nacional es bastante pobre. Dentro de las promesas electorales de Michelle Bachelet en su última candidatura a la presidencia del país, había varias medidas de gran peso que se iban a aplicar dentro de los primeros cien días de gobierno: reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas (promesa que han hecho todos los gobiernos desde 1990), creación de un Ministerio de Asuntos Indígenas y de un Consejo Indígena, la no aplicación de la Ley Antiterrorista para casos *mapuche* –cosa que no se cumplió– y comenzar a discutir un nuevo modelo de convivencia pluricultural, así como posibles modos de restitución de tierras, que no impliquen la compra de ellas. En la fecha en que se escribe esta investigación estamos llegando al fin de su segundo periodo como Jefa de Estado y recién hace un par de meses se anunció la puesta en práctica de algunas de ellas.

De esta manera, a comienzos de agosto se deberían llevar a cabo los primeros encuentros del proceso de Consulta de los Pueblos Indígenas, luego de conocerse los resultados de un Proceso Constituyente Indígena del que surgieron propuestas sobre reconocimiento, derechos territoriales y de participación de los pueblos originarios. Tras la consulta indígena, estas propuestas se incluirán en el proyecto de nueva Constitución que debería enviarse durante los próximos meses.

El proceso mencionado sigue lo dispuesto en el Plan de Reconocimiento y Desarrollo Araucanía, dado a conocer en junio de 2017. Éste contempla el reconocimiento de los derechos colectivos del pueblo *mapuche*, la oficialización del mapudungún en la región de La Araucanía, establecer el Día Nacional de los Pueblos Originarios como fiesta en el calendario, la urgencia en crear el Ministerio y el Consejo mencionados, y la formación de un Comité Interministerial para estudiar el tema de las tierras, en diálogo con las comunidades. Todo esto, acompañado de políticas de desarrollo, obras públicas y servicios, así como de un plan para la recuperación económica de los afectados por la violencia en zonas rurales.¹⁰⁵²

¹⁰⁵¹ BENGUA, J. y N. CANIGUAN, “Los *mapuche* y el Bicentenario”, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁵² Nota del Gobierno de Chile disponible en su página web: www.gob.cl/presidenta-anuncia-plan-reconocimiento-desarrollo-araucania [última visita: 27 de octubre de 2017].

De todos modos, el programa en general ha sido criticado desde el movimiento *mapuche* por varios aspectos.¹⁰⁵³ En primer lugar, por la poca participación de sus comunidades en su elaboración, pues se diseñó de acuerdo con las recomendaciones de una comisión con escasa intervención indígena y, en cambio, una amplia presencia de académicos, empresarios, artistas y el obispo de Temuco (capital de La Araucanía). Lo lógico –y lo que dictan los estándares internacionales– es que la iniciativa hubiese sido fruto de un proceso de consulta.

Por otro lado, se reclama la omisión en el proyecto del reconocimiento de Chile como un Estado unitario plurinacional, algo que forma parte de las demandas del movimiento *mapuche*.¹⁰⁵⁴

Además, se ha criticado el énfasis que el programa ha puesto en el fomento al desarrollo, lo que los araucanos atribuyen a una mirada del gobierno que entiende que su pobreza se debe a la falta de oportunidades, cuando su razón más profunda es la usurpación de tierras que han sufrido históricamente.

En el discurso en que anunció dicho programa, la presidenta Bachelet pidió perdón al pueblo *mapuche* por los “errores y horrores” cometidos o tolerados por el Estado en su relación con él. Éste es ciertamente un gesto significativo e inédito, pero si no se aplican en la práctica todas las medidas anunciadas, de buena fe y siguiendo los estándares internacionales al respecto, no pasarán de ser eso: un gesto político. De hecho, la histórica falta de voluntad del Estado de Chile con respecto a estos asuntos y la inutilidad que han demostrado tener los cauces institucionales para el movimiento *mapuche*, han alimentado este escepticismo en sus miembros y líderes, por lo que tampoco pueden celebrar algo que hasta el momento no tiene efectos prácticos. Hasta ahora, entonces, el marco jurídico que protege al pueblo *mapuche* en Chile se basa en los instrumentos que se explicarán a continuación, señalando el modo en que éstos responden a sus demandas.

3.1 La Constitución y el Reconocimiento Jurídico de los Pueblos Indígenas

Según CONTESE, los pueblos indígenas en Chile –y en América Latina en general– son un grupo doblemente subordinado, pues no sólo sufren de una mala distribución sino también de una falta de reconocimiento. Esto repercute naturalmente en sus demandas: como son el sector más pobre de la población, buscan políticas redistributivas; pero

¹⁰⁵³ “Mapuches deslegitiman el Plan Araucanía del Gobierno”, Diario Universidad de Chile, 22 de junio de 2012. Disponible en <http://radio.uchile.cl/2017/06/22/mapuches-deslegitiman-el-plan-araucania-del-gobierno> [última visita: 27 de octubre de 2017].

¹⁰⁵⁴ El reconocimiento del Estado plurinacional de Chile figuraba en la propuesta que el ex intendente de La Araucanía, Francisco Huenchumilla, presentara al gobierno el año 2015. Poco después de la publicación de esta propuesta, Huenchumilla –que hasta entonces había logrado cierto acercamiento con el movimiento indígena– fue removido del cargo. En este sentido, cabe recordar que “en la sociedad chilena existe una fuerte tradición unitaria (...) donde, si el multiculturalismo es un escándalo, el multinacionalismo es absolutamente inaceptable.” FOERSTER, Rolf, “Sociedad mapuche y sociedad chilena: la deuda histórica”, en *Polis* [en línea], nº 2, 2002, p. 4. Disponible en <http://polis.revues.org/7829> [última visita: 27 de octubre de 2017].

también sufren de invisibilidad cultural, por lo que persiguen reconocimiento legal.¹⁰⁵⁵

De hecho, desde el fin de la dictadura de Pinochet el movimiento *mapuche* ha planteado como primer reclamo el reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución, lo que incluso fue uno de los compromisos adquiridos en Nueva Imperial por el presidente Aylwin cuando aún era candidato. Desde entonces se han elaborado varios proyectos al respecto, y todos los gobiernos lo han incluido dentro de sus promesas electorales, pero ninguno lo ha cumplido, pues el Congreso no lo ha aprobado. Por lo tanto, la Constitución de la República, a pesar de las reformas que se le han hecho, no contiene ninguna mención a los pueblos originarios (y la Ley Indígena los reconoce pero como “grupos étnicos”, como se verá más adelante).

Varios autores afirman que “[e]n buena medida ha sido el uso del término ‘pueblos’ lo que ha dificultado el avance”¹⁰⁵⁶ de este asunto en el Parlamento. Como ya se ha mencionado, el concepto con el que se defina a los distintos colectivos tiene efectos en la práctica por cuanto acarrea determinados derechos. Hemos visto ya el problema que causa la categorización de los romaníes como minoría nacional en España, y en el caso de los *mapuche* en Chile sucede algo similar, considerando que los pueblos indígenas tienen varios derechos reconocidos en el sistema jurídico internacional, que pueden causar reticencias en los Estados: principalmente, el de la autodeterminación.

En efecto, los congresistas chilenos que históricamente se han opuesto al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como tales, argumentan que esto puede amenazar el carácter unitario del Estado de Chile. Esto responde a los mismos temores que genera el concepto de “minoría nacional”, en cuanto al celo que tienen los Estados de su soberanía y la posibilidad de que reconocer derechos colectivos a grupos étnicos o nacionales dentro de sus fronteras, pueda desembocar en pretensiones secesionistas. Ya nos hemos referido a este asunto previamente, pero para el caso particular de Chile podemos señalar que los parlamentarios se han preocupado de incluir algunos “detalles” en las propuestas de reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, que demuestran la presencia de esta aprensión en los legisladores: la frase “la nación chilena es indivisible” es un claro ejemplo de ello, así como el reemplazo de la palabra “pueblos” por “poblaciones” indígenas, tal como sucedió con la Declaración de Naciones Unidas de 1992. Como se ha visto, ésta es una barrera que ya se ha superado en el Derecho Internacional, sobre todo en ámbitos regionales.

Además, el hecho de que el reconocimiento constitucional sea la principal demanda de los mismos pueblos indígenas chilenos –particularmente el *mapuche*–, demuestra que, a pesar de la violencia y la represión, éstos aún creen que es *dentro* del marco constitucional donde pasarán a ser realmente ciudadanos completos. En este sentido, esta reclamación ha sido malentendida por las autoridades chilenas, influidas por el recelo de la soberanía estatal y la unidad nacional.

La oposición al reconocimiento constitucional de los pueblos originarios no

¹⁰⁵⁵ CONTESSÉ se basa en los planteamientos de Nancy FRASER (“Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation”, en Nancy FRASER y Axel HONNETHS [eds.], *Redistribution or recognition? A political- philosophical Exchange*, Verso, Londres, pp. 7-109), que afirma que los movimientos sociales pueden tener dos tipos distintos de demandas: por un lado, pueden buscar reconocimiento de un estatus negado históricamente –“reconocimiento”–, y por otro pueden demandar solución a su situación económica empobrecida –“redistribución”–. El autor señala que los pueblos indígenas sufren ambas situaciones y tienen ambos tipos de demandas. “Indigenous peoples in Chile...”, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁵⁶ SANHUEZA, C. *et al.*, *No nos toman en cuenta...*, *op. cit.*, p. 25.

cuenta con mayor respaldo académico, pues la literatura especializada que sustenta estas ideas no es muy abundante. Uno de sus pocos exponentes es Lucas SIERRA,¹⁰⁵⁷ quien afirma que éste no es conveniente porque podría llevar a una concentración del poder en lugar de su descentralización, lo que sería contrario a la perspectiva liberal. Además, señala que ese reconocimiento implicaría una actuación paternalista por parte del Estado, que definiría por su cuenta qué grupos deben protegerse y de qué manera. Sin embargo, lo cierto es que son los mismos pueblos indígenas los que han demandado esto por muchos años con el fin de tener su propia estructura política autodeterminada. Según CONTESSE, por tanto, el no reconocimiento por parte del Estado constituiría un modo paternalista de actuar, decidiendo en nombre de otros lo que es mejor para ellos.¹⁰⁵⁸

El año 2005 el Congreso Nacional aprobó una gran reforma a la Constitución de la República, consistente en 58 cambios que apuntaban esencialmente a eliminar el carácter militar de la Constitución de 1980. En esa tan celebrada reforma, entonces, no se consideraron dos elementos fundamentales: la modificación del sistema electoral y el reconocimiento de los pueblos originarios,¹⁰⁵⁹ quedando estos últimos en la misma situación, sin estatus legal específico. De hecho, la única normativa dirigida especialmente a los pueblos originarios tampoco los reconoce jurídicamente bajo ese concepto, como pasaremos a ver a continuación.

3.2 La Ley Indígena nº 19.253: un débil paso adelante

Como se ha señalado, la Ley Indígena nº 19.253, de 1993, es la única normativa específica que trata el asunto en el país, por lo que constituye el principal marco jurídico que define la situación de los pueblos originarios en Chile. Por eso es lamentable que establezca principalmente normas sobre protección, fomento y desarrollo indígena en cuanto a las obligaciones que el Estado tiene en estos aspectos, pero sin referirse a los derechos propios de estos colectivos. De hecho, su artículo 1 no menciona siquiera la palabra “derechos”, dando como fundamento de la Ley el valor que los indígenas tienen en la sociedad chilena, en lugar del reconocimiento o protección de sus derechos.

La misma disposición hace un listado de los nueve grupos que califica como “etnias” indígenas¹⁰⁶⁰, negándoles así su reconocimiento como “pueblos”, algo que no sólo es un reclamo fundamental en las demandas indígenas sino que además –como se ha analizado previamente– está presente en el Derecho Internacional. Fue en los debates

¹⁰⁵⁷ SIERRA, Lucas, “La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo”, *Revista Estudios Públicos*, nº 92, pp. 19-27.

¹⁰⁵⁸ CONTESSE, J., “Indigenous peoples in Chile...”, *op. cit.*, pp. 32-35.

¹⁰⁵⁹ Ambos asuntos comparten historias similares bastante largas y se relacionan entre sí debido a lo que CONTESSE califica como la aversión al conflicto que tienen muchas democracias liberales modernas por su tendencia a la homogeneidad y por tanto a una “política de consensos” o “democracia de los acuerdos” que pueden terminar sofocando la discrepancia. “Indigenous peoples in Chile...”, *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁰⁶⁰ “El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes.” Ley nº 19.253, de 28 de septiembre de 1993. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo indígena, artículo 1.

en torno a esta Ley cuando comenzaron las discusiones sobre el uso de la palabra “pueblos”, y su reemplazo por “grupos étnicos” fue la primera traición del Estado hacia sus comunidades nativas, rompiendo la promesa que hacía poco tiempo había hecho en Nueva Imperial y causando una gran desilusión en el movimiento *mapuche*.

Finalmente, el artículo 1 de esta Ley Indígena afirma que el valor de los grupos étnicos para el Estado se debe a que son “parte esencial de las raíces de la Nación chilena”. Según CONTESE, esto hace que la provisión sea muy compleja, pues por un lado los niega como pueblos, pero por otro basa la nacionalidad chilena en ellos.¹⁰⁶¹ A nuestro juicio, más que compleja resulta ser un artículo muy anacrónico, pues pertenece a la visión decimonónica que estaba en el discurso de inclusión en el proceso de formación del Estado-nación chileno a comienzos del siglo XIX: se pretende incorporar al indígena valorando su cultura, pero siempre dentro de la nación chilena, que es una sola.

En cuanto a los derechos políticos de los pueblos originarios, la Ley nº 19.253 establece modos de participación muy generales para sus miembros, señalando que debe considerarse la opinión de sus instituciones en asuntos que les afecten y que “a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios” (artículo 34). No hay más detalle en cuanto a mecanismos de participación o representación, y los derechos de autonomía, autogobierno y autodeterminación no son siquiera mencionados.

Sobre sus instituciones representativas, cabe destacar que el artículo 9 de la Ley incluye el reconocimiento de una jefatura tradicional como una de las situaciones en que se basa para calificar a un grupo como comunidad indígena¹⁰⁶². Sin embargo, al mismo tiempo la normativa requiere que cada comunidad elija una directiva (artículo 10), que constituye una estructura paralela que puede ser otra distinta de la tradicional. Evidentemente, esto ha causado reticencia en los pueblos indígenas, que demandan mayor participación de sus propias instituciones tradicionales. A esto debe sumarse la facultad que el artículo 11 de la Ley Indígena da a la CONADI, de objetar que una comunidad se constituya como tal en caso de que no cumpla con los requisitos de la ley, dentro de los que está la elección de dicha directiva.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley Indígena establece también las áreas de desarrollo indígena, que son espacios territoriales donde los organismos estatales deben centrar sus medidas para el desarrollo de los pueblos originarios. Finalmente, crea dos tipos de organizaciones indígenas, ambas con personalidad jurídica: la “comunidad indígena”¹⁰⁶³ y la “asociación indígena”¹⁰⁶⁴.

Ahora bien, las demandas *mapuche* que se plantearon al volver el régimen democrático al país, giraban principalmente en torno a la recuperación de las tierras que les habían usurpado, en particular aquéllas sobre las que tenían títulos de merced. Respecto a esto, la Ley Indígena creó el Fondo de Tierras Indígenas, el cual ha ido

¹⁰⁶¹ CONTESE, J., “Indigenous peoples in Chile...”, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁶² Las otras son: provenir de un mismo tronco familiar; poseer o haber poseído tierras indígenas en común, y provenir de un mismo poblado antiguo.

¹⁰⁶³ Toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: provengan de un mismo tronco familiar; reconozcan una jefatura tradicional; posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y provengan de un mismo poblado antiguo. (Artículo 9)

¹⁰⁶⁴ Agrupación voluntaria y funcional integrada por, al menos, 25 indígenas, que se constituyen en función de algún interés y objetivo. (Artículo 36)

aumentando con el tiempo; y para su administración estableció la CONADI. A través de ella es que el Estado adquiere un territorio en disputa a precio de mercado, para entregárselo sin costo a la comunidad que lo demanda.

La CONADI depende actualmente del Ministerio de Desarrollo Social, y es el organismo público que debe promover, coordinar y ejecutar la política pública en materia de asuntos indígenas. Dentro de esto, también es responsable de la política de tierras indígenas. Su dirección superior está a cargo de un Consejo Nacional de 17 miembros: el Director Nacional (nombrado por el gobierno); los Subsecretarios de la Secretaría General de Gobierno y de los Ministerios de Desarrollo Social, Agricultura, Educación y Bienes Nacionales; tres consejeros designados por el Presidente de la República, y ocho representantes de los pueblos indígenas, propuestos por las Comunidades y Asociaciones indígenas. Es decir, los representantes indígenas son minoría, pudiendo el gobierno imponer su voluntad fácilmente.

En cuanto a la política de tierras, la CONADI en primer lugar tiene un Registro Público de todas las tierras reconocidas como indígenas por el Estado. Dentro de ellas, el artículo 12 de la Ley Indígena incluye las que actualmente ocupan indígenas en propiedad o posesión, y que tengan algún título reconocido por el Estado. También considera en esta categoría las tierras que los indígenas han poseído y ocupado históricamente (siempre que estén inscritas en el registro), así como las que el Estado cedió a personas o comunidades nativas, y las que en el futuro los tribunales declaren como tales.

Al reconocerlas como tierras indígenas, el artículo 9 de la normativa establece mecanismos para protegerlas: no podrán ser vendidas ni adquiridas salvo por personas de una misma “etnia”; no se puede arrendar o ceder si la propiedad es comunal, y si es individual puede ser arrendada por máximo cinco años y permutar por tierras no indígenas, con autorización de la CONADI. Puede ofrecerse en garantía si tiene autorización de la CONADI, pero nunca alcanzando la casa habitación de la familia y el terreno necesario para su subsistencia. De todos modos, el artículo 16 permite dividir la propiedad comunitaria proveniente de los títulos de merced, si la mayoría de sus titulares lo solicita, lo que responde a la tradición divisionista promovida históricamente por el Estado. Esto puede volverse incluso más complejo, ya que las comunidades titulares de propiedad comunitaria pueden subdividirse y construir nuevas comunidades (artículo 13), lo que podría llevar a más demandas de restitución o ampliación.

En cuanto a la adquisición de esas tierras indígenas mediante el Fondo para Tierras y Aguas, el artículo 20 de la Ley 19.253 determina que su mecanismo es la concesión de subsidios para personas o comunidades originarias, a los que se accede a través de concursos anuales. Sin embargo, la división de tierras y comunidades que ha promovido el Estado a lo largo del siglo XX, ha llevado a que la mayor parte de los territorios indígenas se entreguen a título individual, sin que haya una verdadera restitución de acuerdo con la cultura *mapuche* y su modelo.

Ahora bien, como la Ley sólo admite los reclamos de tierras usurpadas que tenían un título de dominio reconocido por el Estado, excluye de la recuperación de territorios aquéllos de carácter ancestral cuya propiedad sólo permanece en la memoria colectiva del pueblo *mapuche*, sin estar confirmado mediante títulos de merced.

El programa diseñado para resolver las demandas territoriales de los *mapuche* en Chile no ha tenido resultados muy satisfactorios para sus beneficiarios, o éstos son al menos inciertos. En primer lugar, la CONADI —el organismo encargado de aplicarlo— está bastante desprestigiada por razones de ineficiencia, falta de representatividad de los

pueblos indígenas e incluso unilateralidad al tratar los conflictos. Además, hay una significativa falta de transparencia en las cifras que muestran los resultados del proceso, tanto en términos financieros como en la cantidad de tierras entregadas. Por ejemplo, al hablar de las que se han adquirido a individuos a través de subsidio, se ignora si éstas provienen de propiedades indígenas realmente. De esta manera, no puede decirse con certeza si con el programa han aumentado efectivamente los territorios *mapuche* o si sólo ha ampliado el mercado interno de tierras dentro de sus comunidades.¹⁰⁶⁵

El marco jurídico que da la Ley Indígena al respecto es un avance significativo, considerando que antes de ella no había ninguna ley específica dedicada a la protección de los pueblos originarios, y que la política que se había seguido previamente se dedicó a dividir las comunidades y eliminar la propiedad comunitaria. Sin embargo, no ha logrado satisfacer las demandas del pueblo *mapuche* en general, las expectativas que sus miembros se habían formado a partir del Acuerdo de Nueva Imperial¹⁰⁶⁶, ni los estándares que el Derecho Internacional ha establecido al respecto. Esto, sumado a la omisión del reconocimiento de estos colectivos como pueblos y de los derechos políticos que les corresponden como tales.

3.3 La Recuperación de Territorios Ancestrales

3.3.1 IMPORTANCIA DEL TERRITORIO PARA EL MAPUCHE

En el capítulo precedente se ha explicado el significado que tiene el territorio para los indígenas en general, y que el concepto engloba todo lo que se considera su ambiente, de modo integral: la tierra, el agua, el subsuelo, los bosques, las riberas, todos sus recursos naturales, lugares sagrados, etc. Para el pueblo *mapuche* esto tiene especial relevancia, considerando que su propio nombre significa “gente de la tierra”. Por eso, en primer lugar hay que tener en cuenta que el concepto *mapuche* del *Meli Wixan Mapu* o *Wallmapu* se refiere a esos elementos considerados en conjunto, como un todo.

Lo anterior implica que el territorio sea determinante para el mantenimiento de su cultura e incluso para su propia existencia como grupo, dada la fuerte dependencia material que tienen de él. De hecho, BENGÓA resalta el “curioso equilibrio entre tierra y población que se ha dado históricamente en la sociedad mapuche rural. (...) La población al crecer migra y mantiene un remanente rural indispensable y culturalmente determinado.”¹⁰⁶⁷

La llegada de los españoles también significó un cambio drástico en este sentido, pues impuso un modelo económico capitalista que se basaba esencialmente en la explotación de los recursos naturales. En cambio, para el *mapuche* la economía tiene un sentido comunitario y solidario, y se desarrolla en armonía con la naturaleza. En base a eso, “siembra y cosecha lo estrictamente necesario, con el objetivo de permitir a sus

¹⁰⁶⁵ BENGÓA, J., “La agricultura y la población mapuche”, *op. cit.*, p. 85.

¹⁰⁶⁶ De hecho, algunos autores plantean que “los conflictos en torno a la ley indígena y a la CONADI encuentran su explicación principal en la ruptura del acuerdo político entre los pueblos indígenas y el Estado, acuerdo pactado hacia finales de la década de 1980 e inicios de la de 1990.” VERGARA, Jorge Iván, Hans GUNDERMANN y Rolf FOERSTER, “Legalidad y legitimidad: ley indígena, Estado chileno y pueblos originarios (1989-2004)”, *Estudios Sociológicos*, vol. XXIV, nº 2, 2006, pp. 331-361, p. 335.

¹⁰⁶⁷ BENGÓA, J., “La agricultura y la población mapuche”, *op. cit.*, p. 108.

tierras desgastadas un descanso y renovación. En el fondo, el mapuche no tiene la mentalidad de ganar y explotar al máximo la naturaleza, debido, fundamentalmente, a que la considera un ser vivo y la respeta por ello.”¹⁰⁶⁸

Sumado a lo anterior, cabe recordar que la imposición del capitalismo significó también la de un nuevo concepto de propiedad muy distinto del que tienen las comunidades indígenas, especialmente la *mapuche*. En primer lugar, por la contraposición que se genera entre la perspectiva de ésta como colectiva, frente al individualismo de la visión occidental que adoptó el Estado de Chile. Además, jurídicamente no sólo se acabó con la propiedad colectiva sino que también se desvincularon los elementos propios del territorio, que para el araucano son partes indivisibles de un todo, que es su medio ambiente. Así, el sistema legal separa el suelo de las aguas y los recursos naturales, por ejemplo, estableciendo regímenes jurídicos distintos para cada uno, los cuales se pueden conceder a particulares. La protección que da la Ley Indígena 19.253 a los territorios *mapuche* sólo incluye el suelo en su artículo 13, quedando los demás recursos regulados por la Constitución, el Código de Aguas, la Ley de Pesca, el Código de Minería o la normativa correspondiente a cada elemento en particular.

Por lo tanto, esta demanda no es en un sentido de posesión de riquezas, pues en realidad la ancestralidad que la fundamenta se contrapone drásticamente con el modelo económico y cultural que se ha impuesto en territorio *mapuche*, buscando únicamente el beneficio económico. Dada la importancia y el papel del territorio para el pueblo *mapuche*, cuando éste reclama por su tierra no es sólo en sentido material, sino en pos de la defensa de su cultura, de su supervivencia, del espacio donde se desarrolla su vida como comunidad. Un claro ejemplo de esto es su reclamo por espacios sagrados, lugares que han servido para la práctica de ceremonias religiosas y que hoy no pueden utilizar por estar en manos privadas. Se trata precisamente de uno de los tipos de reivindicaciones territoriales que LILLO VERA distingue en el discurso indígena.¹⁰⁶⁹

Por ende, para los *mapuche* el territorio es el elemento material y cultural sin el cual su vida no se puede reproducir. De esa manera, su defensa de sus territorios ancestrales frente a la expansión de empresas forestales, hidroeléctricas, salmoneras y de extracción de hidrocarburos, no responde sólo a una postura política sino a “un asunto de extrema urgencia (...), se trata de la supervivencia.”¹⁰⁷⁰

3.3.2 USURPACIÓN DE LAS TIERRAS INDÍGENAS POR EL ESTADO

Por otro lado, debe aclararse que la mayoría de los autores, así como las autoridades de gobierno y la legislación vigente, siempre se han referido a una

¹⁰⁶⁸ ARAYA, J., *El reconocimiento del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 175.

¹⁰⁶⁹ LILLO VERA, Rodrigo, “Los conflictos de tierras de los *mapuche* en la Región del Bío Bío”, en José AYLWIN (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera, Temuco, 2004, pp. 336-350, 339-340. Los otros tipos de reivindicaciones son las demandas por tierras perdidas a lo largo del siglo XIX (aquellas sobre las que tenían títulos de merced otorgados en el proceso de radicación), y las de predios que les pertenecieron gracias a la Reforma Agraria, y que perdieron por la Contrarreforma Agraria en la dictadura de Pinochet. El autor plantea que en el discurso *mapuche* se entrelazan sobre todo estas dos reclamaciones, con una emergente demanda por un territorio entendido en sentido amplio, acorde a los desarrollos del Derecho Internacional al respecto.

¹⁰⁷⁰ ROJAS PEDEMONTE, N. y O. MIRANDA, “Dinámica sociopolítica del conflicto...”, op. cit., p. 53.

recuperación de tierras, pues lo que se reivindica son las tierras que el Estado ya les había devuelto en el proceso de radicación. En este sentido, la deuda que tendría el Estado con los *mapuche* se circunscribiría a las tierras con títulos de merced. A juicio de intelectuales *mapuche* esto correspondería apenas al 5% de los territorios que se les reconocieron históricamente en los parlamentos, y “[e]l 95% restante es parte del paisaje jurídico que se embolsaron los fundos, el mismo Estado, los colonos (chilenos y extranjeros), y que se nos quiere hacer ver –por acuerdo entre los que saben y los que mandan– que siempre fue así.”¹⁰⁷¹

De todas formas, esas tierras con títulos de merced teóricamente no podían ser vendidas ni traspasadas a particulares no indígenas; sin embargo, el estudio que el 2004 hizo la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato arrojó un 31.6% de tierras que en ese momento no estaban en manos de familias *mapuche*. Como se ha explicado anteriormente, esto se dio mediante procesos fraudulentos amparados en la Ley.

La política de tierras seguida desde 1993 ha aumentado considerablemente la cantidad de hectáreas de territorio indígena que están actualmente en manos de comunidades o particulares *mapuche*. En este sentido, BENGGA señala que desde entonces la postura estatal ha sido ambigua, porque a pesar de ese aumento a través de diversos medios –titulando tierras que estaban a nombre del Fisco, comprando tierras a las comunidades, entregando subsidios para la compra de tierras individuales, con políticas de inversión predial e inversión en vivienda rural–, estas políticas se han centrado principalmente en donaciones de tierras y recursos, sin fomentar realmente la producción sostenida y sostenible: “[n]o hay políticas crediticias apropiadas a la pequeña propiedad, no hay tampoco –y ni siquiera se lo ha planteado– políticas de mercado diferenciadas (poderes compradores, etc.), políticas de diversificación productiva, tecnologías apropiadas a la pequeña propiedad, en fin, políticas que se salgan de la simple entrega de bienes.” A su juicio, esto se debería al interés por establecer una especie de clientelismo con los indígenas, con el fin de captar sus votos.¹⁰⁷²

3.3.3 EL ROL DE LA INDUSTRIA FORESTAL Y SU EXPANSIÓN

Buena parte de las tierras indígenas que pasaron a particulares están actualmente en manos de empresas forestales, lo que ha causado grandes conflictos con las comunidades y ha llevado a la escalada de violencia que se observa hoy en La Araucanía.

En general, la región tiene condiciones geográficas y ambientales óptimas para el desarrollo de proyectos industriales como los forestales y las pisciculturas, que no requieren territorios muy extensos, pero alteran significativamente las condiciones de vida de las comunidades indígenas que habitan en las cercanías.

Por lo anterior, un elemento fundamental dentro del conflicto entre el Estado de Chile y el pueblo *mapuche* ha sido la expansión forestal hacia La Araucanía. Este proceso comenzó a principios de la dictadura con el Decreto Ley nº 701 de 1974¹⁰⁷³, firmado con el fin de promover el desarrollo industrial por medio de las empresas papeleras, y a la vez buscar una solución para la erosión de los suelos. Para esto se incentivó la forestación a

¹⁰⁷¹ MARIMÁN, P. *et al.*, *¡...Escucha, winka...!*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁷² BENGGA, J., “La agricultura y la población mapuche”, *op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁷³ Decreto Ley nº 701, de 15 de octubre de 1974, “Somete los terrenos forestales a las disposiciones que señala”. Diario Oficial de la República de Chile nº 28.988 A, de 24 de octubre de 1974, pp. 3.859-3.861.

través de la bonificación de un 75% para las plantaciones de pinos y eucaliptos, la cual aprovecharon especialmente las dos empresas más grandes del rubro: la Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones y Celulosa Arauco. Esta actividad dañó significativamente el medio ambiente y las condiciones sociales de las comunidades aledañas; la mayoría, *mapuche* que además reclama sus derechos sobre los territorios donde se ha plantado con monocultivos de pino y eucalipto. A pesar de las críticas surgidas al modelo por estas razones, la validez del Decreto fue extendida varias veces hasta el 2015, cuando estalló un escándalo por casos de colusión de precios de estas mismas empresas papeleras, lo que congeló el Proyecto de Ley que la ampliaba nuevamente por tres años. Luego de eso, hubo un giro en el asunto, pues se anunció un proyecto de ley que establece beneficios sólo para los pequeños y medianos empresarios forestales, con lo que se excluiría a ambas compañías mencionadas. Como eso está en tramitación aún, no merece mayor análisis por el momento.

Por tanto, no se trata de un factor histórico sino más bien reciente, pero que se relaciona con aspectos esenciales de la cultura araucana, y que de hecho es la causa de la intensificación del conflicto en los últimos años. Esto, básicamente porque el modo en que la industria forestal se ha desarrollado en la zona es absolutamente incompatible con la propia existencia del pueblo *mapuche* y su cultura.

Lo anterior se debe a que la forestación se realiza sobre tierra desertificada con insecticidas y plaguicidas y eliminando todo tipo de maleza y otros animales que puedan comerse los brotes –conejos, por ejemplo–, para plantar árboles que no son endémicos –pino o eucalipto– casi sin dejar espacio entre ellos, impidiendo así cualquier otro desarrollo en el bosque. Esta densísima población de árboles requiere mucha agua, por lo que los campos aledaños se secan y se perjudica la agricultura.¹⁰⁷⁴ Es un sistema diseñado para espacios desertificados, por lo que imposibilita –o al menos dificulta– el establecimiento o desarrollo de cualquier comunidad humana, y por supuesto de las comunidades indígenas que reclaman esos territorios como ancestrales.¹⁰⁷⁵ Por tanto, su aplicación significa la eliminación de la fauna local, de otras especies de árboles y del traslado de la población humana que habite el lugar. Por si esto fuera poco, la actividad ni siquiera ha significado una mayor oferta laboral para los locales, debido al uso de nuevas tecnologías en ella. En general, las empresas forestales no tienen mayor interés en el bienestar de la zona y sus habitantes, y así su actividad se resume en extraer sus recursos sin darles nada a cambio más que la destrucción de su entorno.

El problema es que en Chile nunca había existido una cultura forestal que permitiera a la población humana vivir en armonía con un bosque al que protege. Como ya se ha dicho, los *mapuche* quemaban los bosques para sembrar, y luego los primeros

¹⁰⁷⁴ La relación entre la industria forestal y la escasez hídrica ha sido analizada por la obra ya citada de TORRES-SALINAS, R. *et al.*, “Desarrollo forestal, escasez hídrica, y la protesta social mapuche por la justicia ambiental en Chile”. En ella se afirma que la primera ha significado una importante degradación ambiental y social de las condiciones de vida de las familias *mapuche* que habitan en las cercanías de esas plantaciones.

¹⁰⁷⁵ “Este sistema de plantación es totalmente diferente a lo que normalmente se entiende por un ‘bosque’. En el bosque hay vida animal, en las plantaciones no la hay, (...) no hay caminos ni senderos por los que caminar. No hay espacio para el ser humano. No hay frutos del bosque fuera de la madera que se va a obtener. Más aun, tanto el pino como el eucalipto mata a la vegetación de ras de piso. Acidifica de tal suerte la tierra que la vuelve improductiva por largo tiempo. Los bosques tienen un equilibrio entre diferentes especies naturales; estas plantaciones son monocultivos.” BENGÓA, José, “Leones, bosques y comunidades”, en José BENGÓA (ed.), *Mapuche. Procesos, políticas y culturas en el Chile del Bicentenario*, Catalonia, Santiago de Chile, 2012, pp. 153-162, p. 158.

españoles –así como los colonos europeos del sur del país– se dedicaron principalmente a la extracción de minerales. De esa manera, “[l]a cultura extractiva se impuso hasta el día de hoy; así, se ve en el bosque nativo o en cualquier bosque un recurso al que es preciso ‘echar abajo’. No existe ni cultura del repelente, ni de la reforestación, ni de cosechar el bosque pausadamente cortando solamente los árboles maduros.”¹⁰⁷⁶ Obedece a una mirada cortoplacista que busca extraer recursos de modo eficaz, lo que implica que el bosque nativo –cuya reproducción es lenta y rendimiento económico a corto plazo es bajo– no se renueva. Ésta fue la perspectiva que asumió el Estado, que se sumó al surgimiento de fábricas de celulosa que también impulsaban la industria forestal.

Todo esto llevó a que en la década de 1980, varias comunidades *mapuche* de la provincia de Arauco, se manifestaran contra las explotaciones de pino insigne en tierras que les habían pertenecido en la Reforma Agraria, produciéndose diversos enfrentamientos en la zona.¹⁰⁷⁷ Esto fue un antecedente para que, desde fines del siglo XX, particularmente en 1997, los indígenas que se vieron afectados por esta forestación masiva de la región, comenzaran a manifestarse de un modo más violento, lo que el Estado reprimió a su vez con más violencia.¹⁰⁷⁸ Como se ha explicado, la relación que los pueblos indígenas tienen con la tierra es muy especial, distinta de la que tiene el resto de la población con ella. Por eso, el impacto que la forestación ha tenido sobre las comunidades *mapuche* ha sido mayor que sobre las no *mapuche*, y eso ha llevado a una mayor resistencia de las primeras ante la expansión de la industria forestal que ha invadido su hábitat.

El conflicto tiene una gravedad muy profunda, pues no se trata sólo de intereses contrapuestos sino de la “contradicción entre un modelo de expansión forestal en el sur de Chile y la supervivencia de las comunidades humanas, en particular las *mapuche*.”¹⁰⁷⁹ Por lo tanto, si realmente se quiere proteger a estos grupos y su cultura, debe cambiarse ese modelo por otro que sea compatible con la vida humana. Está claro dónde está la preferencia de los intereses empresariales al respecto, pero los intereses políticos deberían adoptar una postura más clara en el asunto.

3.3.4 LA LEY LAFKENCHE Y EL ESPACIO COSTERO INDÍGENA

Considerando la importancia de entender el concepto de *territorio* indígena en un sentido amplio, cabe hacer referencia al caso del pueblo *mapuche lafkenche* en Chile¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁶ BENGOA, J., “Leones, bosques y comunidades”, *op. cit.*, p. 155.

¹⁰⁷⁷ MOLINA OTÁROLA, Raúl, “Comunidades mapuche y empresas forestales: tierras, bosques y conflictos”, en VVAA, *Pueblo mapuche: desarrollo y autogestión. Análisis y perspectivas en una sociedad pluricultural*, Ediciones Escaparate, Concepción, 2000, pp. 185-198, p. 185.

¹⁰⁷⁸ Muchas de las plantaciones las había hecho el Estado tiempo atrás en fundos expropiados en los '60 y '70, pero en la dictadura de Pinochet estas tierras pasaron a manos privadas hasta las actuales empresas forestales en los '90, las que comenzaron a cosechar lo que venía cultivándose por veinticinco años. Esto gatilló la confrontación y es el origen del conflicto actual. En su tesis doctoral, Luis TRICOT NOVOA plantea que el movimiento autonomista *mapuche* surge precisamente de este contexto, en el año 1996: *El movimiento mapuche autonomista. Una aproximación desde las teorías de los movimientos sociales, focalizada en las ideas de mundo mapuche y país mapuche*, tesis doctoral dirigida por Jorge Larraín, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2011.

¹⁰⁷⁹ BENGOA, J., “Leones, bosques y comunidades”, *op. cit.*, p. 162.

¹⁰⁸⁰ *Lafkenche* es una palabra en mapudungún formada a partir de *lafken* –mar– y *che* –gente–. Significa, por tanto, pueblo de mar o pueblo costero. Según CASTRO, de la población indígena total que habita el *Wallmapu*, pueden distinguirse las siguientes identidades: *wenteche* o gente del llano, *nagche* o de las tierras bajas (Cordillera de la Costa), *pehuenche* o gente de los pinares (valle de la Cordillera de Los Andes), *puelche* o mapuche del otro lado de la cordillera (Argentina),

y los conflictos que han surgido por la administración del espacio costero en las zonas que habitan. Estas comunidades se han ubicado tradicionalmente en el borde costero de la VIII, IX y X regiones, en el sur del país, lo que se vincula directamente con su cultura y sus modos de vida. Su principal actividad económica, por ejemplo, es la recolección de invertebrados marinos y algas, y se dedican también a la pesca de orilla, actividades agropecuarias, la caza de lobos marinos, y otras no necesariamente vinculadas con el mar. De todos modos, se organizan en función de éste, e incluso en la actualidad conocen los límites de cada una de sus comunidades en la tierra y en la playa, de acuerdo a criterios y mecanismos ancestrales o tradicionales y elementos de la naturaleza.¹⁰⁸¹ Por esta razón, no sólo reivindican sus derechos territoriales sobre el suelo de los lugares que ocupan o han ocupado, sino también sobre el agua con la que se relacionan: su espacio costero ancestral.

Con el fin de responder a estas demandas, se firmó el 2008 la Ley nº 20.249 o “Ley *Lafkenche*”¹⁰⁸², en cuyo anteproyecto hubo activa participación de los indígenas afectados. Sin embargo, el artículo 16 de la normativa, que establece su reglamento, señala que éste será dictado por los Ministerios de Planificación y de Economía, Fomento y Reconstrucción, sin mencionar en ningún lado que se incluya algún mecanismo de participación de las comunidades *lafkenche*. Dicho reglamento fue aprobado por el Decreto 134 unos meses más tarde.¹⁰⁸³

Ahora bien, el espacio costero marino de los pueblos originarios, que se crea mediante la Ley nº 20.249, es definido en la letra e) de su artículo 2, como “espacio marino delimitado, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido el uso consuetudinario de dicho espacio.” Sin embargo, en el siguiente inciso se dispone inmediatamente su limitación: “Serán susceptibles de ser declarados como espacio costero los bienes comprendidos en el borde costero que se encuentran bajo la supervigilancia y administración del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, de conformidad con el artículo 1º del Decreto con fuerza de Ley Nº 340 de 1960, del Ministerio de Hacienda sobre Concesiones Marítimas, o la norma que lo reemplace.” Pues bien, según ese Decreto¹⁰⁸⁴, el borde costero cubre sólo 80 metros de playa desde la línea de la más alta marea de la costa del litoral. Evidentemente, los *lafkenche* no consideran que un espacio tan estrictamente delimitado, sea equivalente al que ellos han ocupado tradicionalmente y del que han hecho uso consuetudinario.

Lo anterior demuestra que la visión detrás de la Ley nº 20.249 no corresponde a la concepción indígena amplia de territorio, presente en los estándares internacionales al

warriache o identidad urbana mapuche, y precisamente *lafkenche*, o gente que proviene de espacios de agua. CASTRO NEIRA, Paulo, “Aproximación a la identidad *lafkenche*”, *Perifèria* nº 2, 2005, pp. 70-100, p. 71, nota al pie.

¹⁰⁸¹ CASTRO, P., “Aproximación a la identidad *lafkenche*”, *op. cit.*

¹⁰⁸² Ley nº 20.249, de 31 de enero de 2008, “Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios.” Diario Oficial de la República de Chile nº 38.989, de 16 de febrero de 2008, pp. 3-4.

¹⁰⁸³ Decreto nº 134, de 29 de agosto de 2008, “Aprueba reglamento de la Ley nº 20.249 que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios.” Diario Oficial de la República de Chile nº 39.370, de 26 de mayo de 2009, pp. 8-10.

¹⁰⁸⁴ Decreto con Fuerza de Ley nº 340, de 5 de abril de 1960, “Reemplaza D.F.L. nº 210, del año 1931, sobre concesiones marítimas”. Diario Oficial de la República de Chile nº 24.613, de 6 de abril de 1960, pp. 886-887.

respecto. De hecho, la normativa no menciona una sola vez el término “territorio indígena”, sino que se refiere al “espacio marino” y los “bienes” que comprende.

El espacio costero marino de pueblos originarios está delimitado en el artículo 4 de la Ley *Lafkenche*, donde se determina que depende de “la superficie necesaria para asegurar el ejercicio del uso consuetudinario realizado en él, de conformidad con el artículo 6º.” Este último, a su vez, define el uso consuetudinario como “las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad, según corresponda, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura”, y dispone que su periodicidad sea establecida por el reglamento. Finalmente, según el artículo 3 de dicho reglamento, es la CONADI la que decide si esas prácticas o conductas constituyen un uso consuetudinario. Es decir, no son las comunidades mismas las que determinan la categorización de sus propias prácticas colectivas habituales.

El reglamento de la Ley presenta también una serie de requisitos y condiciones bastante exigentes en lo que respecta al plan de administración (artículo 9) y al plan de manejo (artículo 10), y se aclara que las actividades en el espacio costero marino deberán realizarse siempre de acuerdo con la normativa sectorial vigente, las que se han elaborado sin considerar a los pueblos indígenas.

En general, el sistema plantea diversas exigencias legales –en cuanto al cumplimiento del plan de administración también– que, a juicio de ZELADA y PARK, “resultan paradójales, al momento de comparar con las exigencias de la ley de Pesca y Acuicultura a las concesiones de acuicultura, cuyos impactos ambientales y socioeconómicos han sido denunciados y documentados por instituciones y organizaciones tanto nacionales como internacionales”¹⁰⁸⁵.

Por estos motivos, y a pesar de que supuestamente es una normativa destinada específicamente a cumplir con sus demandas, dichos autores afirman que sus disposiciones “no tienen en cuenta el carácter específico del pueblo mapuche-lafkenche, su modelo de organización, su enfoque territorial, no aplican las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, tampoco se ajustan a las recomendaciones de los organismos internacionales.”¹⁰⁸⁶

3.4 Derecho a la Participación

Relacionado también con su derecho a la autodeterminación y con sus derechos territoriales, el pueblo *mapuche* reclama el reconocimiento de su derecho a la participación, y que se tomen medidas concretas para poder ejercerlo de modo efectivo. Esta demanda responde a su interés por influir en las decisiones que se toman en el centro del país con respecto a su organización política, social, su educación, su economía y especialmente sus territorios. La respuesta que tradicionalmente ha dado el Estado a esta aspiración no ha sido satisfactoria, y actualmente los pueblos indígenas en general no

¹⁰⁸⁵ ZELADA MUÑOZ, Sara y James PARK KEY, “Análisis crítico de la Ley Lafkenche (nº 20.249). El complejo contexto ideológico, jurídico, administrativo y social que dificulta su aplicación”, *Universum*, vol. 28, nº 1, 2013, pp. 47-72, p. 62.

¹⁰⁸⁶ ZELADA, S. y J. PARK, “Análisis crítico de la Ley Lafkenche (nº 20.249)...”, *op. cit.*, p. 58.

tienen espacios de representación y participación en Chile, de acuerdo con las necesidades particulares que presentan en su calidad de grupos étnicos marginados.

Esta actitud de los distintos gobiernos ha sido interpretada por el movimiento *mapuche* casi como una traición, o al menos como un incumplimiento de los compromisos adquiridos entre ellos. A partir de esto, ha disminuido considerablemente sus expectativas en estas negociaciones, las cuales habían sido creadas y destruidas por el mismo Estado. Además, y como ya se ha señalado, esto ha fomentado el uso de métodos violentos por parte de los *mapuche* para reclamar pro sus derechos, pues no han encontrado espacios donde puedan hacerlo de modo efectivo a través de los canales políticos.

3.4.1 DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

La consulta previa es el derecho de los pueblos indígenas a ser escuchados antes de que se tome cualquier medida legislativa o administrativa que pueda afectarles directamente. Como se ha visto en el capítulo anterior, este derecho es parte esencial del Convenio nº 169 de la OIT, su “piedra angular”, ya que al ejercerlo correctamente se cumple el fin último del Tratado: que los pueblos originarios participen activamente en los procesos de toma de decisiones sobre asuntos que les afecten directamente. Esto deriva de su derecho a la autodeterminación, pues es el modo en que los pueblos originarios pueden determinar su modelo de desarrollo político, social, económico y cultural. Este procedimiento, entonces, apunta a hacer efectivo ese derecho mediante su participación. Además, responde a sus derechos territoriales y a la protección de su ambiente, con el cual tienen una relación muy especial.

Por lo tanto, el derecho a la consulta previa comprende un aspecto sustantivo –al reconocer el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas– y además uno procedimental –constituye un mecanismo efectivo de participación para ellos–.

Es cierto que los instrumentos vigentes en el orden jurídico internacional sólo obligan a los Estados a tomar la opinión de los pueblos originarios resultantes de esas consultas, pero no necesariamente a obedecerla. Sin embargo, la importancia de ese procedimiento y su relación con derechos indígenas muy relevantes, dan a entender que su rol no puede reducirse a un mero trámite sin efecto alguno. En este sentido, cabe recordar que “[a]unque se ha entendido tradicionalmente que el derecho a consulta no implica un derecho a veto por parte de los pueblos interesados, lo cierto es que el derecho internacional está avanzando en esa dirección”¹⁰⁸⁷.

En Chile, la participación indígena está garantizada en el artículo 34 de la Ley Indígena 19.253. Sin embargo, ningún gobierno había desarrollado esa normativa –vigente desde 1993– para regular esa participación y establecer mecanismos para su ejercicio. Recién al entrar en vigor el Convenio nº 169 de la OIT en el país, en septiembre de 2009, se firmó el Decreto nº 124¹⁰⁸⁸, por medio del cual se diseñó y aplicó la primera medida administrativa que afectaba a los pueblos originarios de modo directo. Sin considerar el contenido mismo de la normativa, el procedimiento de su adopción constituye ya un mal comienzo, pues no fue una medida consultada con los indígenas sino

¹⁰⁸⁷ SANHUEZA, C. *et al.*, *No nos toman en cuenta...*, *op. cit.*, p. 82.

¹⁰⁸⁸ Decreto nº 124, de 4 de septiembre de 2009, “Reglamenta el artículo 34 de la Ley nº 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas.” Diario Oficial de la República de Chile nº 39.470, de 25 de septiembre de 2009, pp. 10-11.

adoptada unilateralmente desde el gobierno. A juicio de algunos, esto vicia el Decreto, ya que debió realizarse una “consulta sobre la consulta”, considerando que los mecanismos que se regularían en ese decreto se destinaban precisamente a la protección de sus intereses: “parece evidente que los modos de implementación del Convenio son aspectos que deben ser consultados, y así se encuentra consagrado en el Convenio.”¹⁰⁸⁹

Además, en su contenido el Decreto presentaba algunas limitaciones significativas. Por ejemplo, su artículo 4 señala los organismos a los que se aplica el reglamento, sin incluir al Banco Central, la Contraloría General de la República, las municipalidades y las empresas públicas creadas por Ley. Estas instituciones no quedaban obligadas a realizar las consultas según este reglamento, lo que contradice los estándares internacionales, que obligan al Estado a consultar toda medida que pueda afectar a los pueblos indígenas directamente.

También puede mencionarse el artículo 7 dentro de las limitantes del Decreto nº 124, el cual define “afectación directa” cuando la medida o programa en cuestión tenga “relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la Ley nº 19.253, o se refiera a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables.” Esta disposición restringe en buena medida el derecho de consulta previa de los pueblos originarios, pues éste debe ejercerse también en otros asuntos en que las medidas estatales puedan afectar a los mismos o sus intereses, y no sólo en los que se vinculen con derechos territoriales. Ámbitos como la educación, por ejemplo, son fundamentales para conservar su cultura.

Por otro lado, el Decreto ordenó que los proyectos de inversión a realizar en territorios indígenas se sometieran lo que las respectivas normativas sectoriales dispusieran para su participación (artículo 5): si es un proyecto eléctrico, por ejemplo, debe recurrirse a la ley de servicios eléctricos. Esto tiene un inconveniente importante, pues estas normas específicas generalmente no incluyen mecanismos de consulta indígena, pues se elaboraron sin considerar su participación ni se dirigen a estas comunidades.

Como se puede apreciar, esta primera regulación del derecho a la consulta previa de los pueblos originarios en Chile, no satisfacía sus demandas ni los estándares internacionales al respecto, y fue blanco de fuertes críticas por parte del movimiento indígena, especialmente *mapuche*. Por esto, fue derogado el año 2013 a través del Decreto nº 66¹⁰⁹⁰, que a su vez aprueba un nuevo reglamento sobre consulta previa.

Las medidas que recoge la nueva normativa se discutieron a fines del 2012 en un encuentro nacional indígena masivo, con representantes de todos los pueblos originarios. Se hicieron talleres que financió el Estado, pero que dirigieron y controlaron las propias comunidades. A partir de esto, se presentaron diversas propuestas que se discutieron ampliamente, aunque en varios aspectos no se pudo llegar a un acuerdo. De los otros surgió el nuevo reglamento que, si bien comenzó con mejor pie al realizarse siguiendo los resultados de una gran consulta indígena, también se ha criticado por algunos asuntos.

En primer lugar, la redacción del artículo 3 es bastante mezquina y se presta para una interpretación restrictiva del mismo, bajo la visión del derecho a participar como un

¹⁰⁸⁹ SANHUEZA, C. *et al.*, *No nos toman en cuenta...*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁹⁰ Decreto nº 66, de 15 de noviembre de 2013, “Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 nº 1 letra a) y nº 2 del Convenio nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica.” Diario Oficial de la República de Chile nº 40.798, de 4 de marzo de 2014, cuerpo I, pp. 2-5.

mero mecanismo. La disposición se refiere al cumplimiento del deber de consulta de la siguiente forma: “El órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo.”

Como se ha señalado, aunque no es obligatorio para el Estado lograr el consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas, la tendencia es a darle cada vez más importancia y a realizar los procesos de consulta dirigidos a ese objetivo, siempre de buena fe. Esta última se reconoce como principio rector del procedimiento en el artículo 9 del Decreto. Sin embargo, enfatizar en que esta obligación está cumplida aunque no se llegue a buen puerto, da un tono bastante negativo a la disposición, que recalca que se trata sólo de una obligación de procedimiento para el Estado, pero no de resultado.

Por otro lado, el artículo 4 de este nuevo reglamento sigue excluyendo de su aplicación a ciertos órganos estatales, como los municipios. El artículo 7 establece otras excepciones a la aplicación de la consulta indígena, como medidas dictadas en situación de emergencia o excepción, o medidas administrativas que no afecten directamente a los pueblos originarios. Dentro de estas últimas cabe mencionar los dictámenes, el nombramiento de autoridades y las medidas de gestión presupuestaria, entre otras.

También se ha criticado la poca relevancia que el Decreto 66 da a las instituciones indígenas dentro del proceso. Es cierto que las reconoce en su artículo 6, al señalar que el procedimiento se llevará a cabo a través de ellas, determinadas por cada pueblo libremente. No obstante, el artículo 12 establece que el responsable de estos procesos es el órgano de la Administración del Estado que vaya a adoptar la medida sobre la que se consulta. Es decir, la coordinación y ejecución del procedimiento mismo, no están en manos de las instituciones indígenas, lo que resta todo tipo de control sobre éste a los pueblos originarios. En este sentido, el reconocimiento que se hace de sus organizaciones representativas en el artículo 6, queda prácticamente sin efecto con esta disposición, pues no les deja ninguna facultad en la consulta propiamente tal.

Por último, debe recalcarse la gran limitación que tiene el concepto que el Decreto sigue de lo que es la misma “consulta” que regula. Para esto debe revisarse su artículo 2, que la define como “un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento.”

La definición citada, si bien considera elementos esenciales de la consulta –como la buena fe y el objetivo de lograr un acuerdo o el consentimiento–, restringe la aplicación del procedimiento sólo a “medidas legislativas o administrativas” que afecten directamente a los pueblos originarios. Dentro de las primeras se consideran los Anteproyectos de Ley y de Reforma Constitucional; las segundas se refieren a actos formales de órganos de la Administración del Estado (artículo 7).

Por lo tanto, no se obliga a consultar a los pueblos indígenas cuando haya proyectos de inversión que les afecten (como se verá más adelante, estos casos se derivan al Sistema de Evaluación Ambiental). Tampoco aplicaría el procedimiento en relación con sus derechos territoriales, los cuales no son siquiera mencionados (las “tierras indígenas”

apenas se nombran al definir las medidas legislativas y administrativas a ser incluidas, indicando que son aquellas que puedan afectar a esas tierras, entre otras cosas). Esto es muy preocupante, considerando que los estándares que ha establecido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos al respecto, vincula estrechamente el derecho a la consulta previa de los pueblos originarios, con sus derechos territoriales. Además, se ha insistido ya en la importancia de este aspecto para las comunidades indígenas en general y para el pueblo *mapuche* en particular.

Por otro lado, a diferencia de los ámbitos legal y administrativo, TOMASELLI advierte una evolución interesante en la actuación que han tenido algunos tribunales nacionales con respecto al derecho a la consulta de indígena en Chile.¹⁰⁹¹ A su juicio, tanto las Cortes de Apelación como la Corte Suprema están desarrollando una jurisprudencia evolutiva que en ocasiones ha resultado favorable a los pueblos originarios. Ante la falta de voluntad política, este aspecto merece cierta atención por sus posibles efectos a futuro.

3.4.2 LEGISLACIÓN AMBIENTAL

Como se ha adelantado, el Decreto 66, que regula el procedimiento de consulta previa de los pueblos originarios en Chile, no incluye en su aplicación los proyectos de inversión que les afecten; éstos, si tienen relación la explotación de recursos naturales, se derivan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En este sentido, el marco jurídico en el que se contextualiza la consulta indígena lo da la Ley 19.300 de 1994 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, modificada por la Ley 20.417 de 2010 y regulada por el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental según el Decreto Supremo nº 40 de 2012.¹⁰⁹²

La Ley 19.300 establece el procedimiento que debe seguirse para evaluar un proyecto de inversión. Éste depende del Servicio de Evaluación Ambiental, que debe determinar –en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental– si el impacto ambiental del proyecto en cuestión se ajusta a la legislación vigente (artículo 2.j): la Comisión de Evaluación Ambiental evalúa el proyecto y firma una resolución que lo califica como apto o no apto.

Ahora bien, el Estudio de Impacto Ambiental sólo se requiere en ciertos casos, según indica su artículo 11. Por ejemplo, si un proyecto implica el reasentamiento de comunidades humanas, riesgo para la salud de la población o la alteración significativa de sus sistemas de vida. De lo contrario, si el proyecto no acarrea estas consecuencias, puede ingresar como Declaración de Impacto Ambiental. En un principio, una Declaración no incluía ninguna instancia de participación ciudadana, pero esto se cambió con la Ley 20.417. De todos modos, sigue habiendo una diferencia entre ambas, pues para las DIA se establecen más requisitos formales (artículo 30 *bis*): debe ser solicitada por escrito y dentro de diez días desde la publicación del proyecto en el Diario Oficial, por mínimo dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica o al menos diez personas naturales afectadas directamente, y siempre que el proyecto genere cargas ambientales para las comunidades próximas. Estos requisitos más parecen ser simplemente trabas a la

¹⁰⁹¹ TOMASELLI, Alexandra, “El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Chile: avances y desafíos”, *Iberoamericana. Nordic Journal of Latin American and Caribbean Studies*, vol. XLIII, nº 1-2, 2013, pp. 113-142.

¹⁰⁹² Decreto nº 70, de 30 de octubre de 2012, “Aprueba reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.” Diario Oficial de la República de Chile nº 40.632, cuerpo I, pp. 8-42.

participación. De hecho, a juicio de algunos autores, ante los estándares del Convenio nº 169 de la OIT, la sola distinción entre Estudio y Declaración de Impacto Ambiental carece de sentido, “en tanto aquellos obligan a realizar consulta *cada vez* que se prevean medidas que afecten directamente a pueblos indígenas.”¹⁰⁹³

El sistema está regulado por el Decreto 40, por lo que es éste el que finalmente determina las normas que debe cumplir un procedimiento de consulta indígena en caso de explotación de recursos naturales que afecte a los pueblos originarios. Lamentablemente, esta normativa no da los pueblos originarios ningún tipo de participación en el diseño ni el desarrollo del procedimiento, pues éste está totalmente a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, lo que contradice los estándares internacionales al respecto. El artículo 83 de la normativa afirma que corresponde a las Comisiones de Evaluación o al Director Ejecutivo establecer los mecanismos de participación de la comunidad en general en estos procesos, y que para su aplicación el Servicio puede valerse de la colaboración de órganos estatales con competencia en materias relacionadas con cada caso, como desarrollo indígena. Posteriormente, el artículo 85 se dedica específicamente a la consulta a los pueblos indígenas, pero reafirma lo anterior al ordenar al Servicio “diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental.”

Por tanto, tanto el diseño como la aplicación del procedimiento dependen exclusivamente del Estado, sin que en eso participen los pueblos originarios: es el Servicio el que “establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.” (Artículo 85). Es cierto que la disposición menciona elementos significativos como la buena fe, la consideración de los mecanismos indígenas y la influencia que se les debe facilitar en el proceso, pero en la práctica la garantía de su participación no pasa de eso: que su opinión sea tomada en cuenta y que puedan *incidir* en las decisiones que les afectan, no que puedan *decidir*.

En este sentido, el artículo 27 del Decreto también ordena al Servicio a *considerar* los mecanismos de toma de decisiones, las costumbres y las estructuras organizativas de los grupos indígenas, así como a reunirse con ellos para saber sus opiniones, las cuales también debe *considerar* en su pronunciamiento. Sin embargo, no le obliga a regirse por ellos, por lo que la postura de los afectados no tiene necesariamente un efecto práctico decisorio. El resultado del procedimiento, por tanto, no es vinculante. De hecho, al final del artículo 85 el Decreto recuerda que el proceso de consulta debe realizarse con miras a lograr un acuerdo o el consentimiento de las comunidades indígenas, pero aclara que “el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.”

Lo cierto es que la Ley 19.300 y el Decreto 40 que regula el procedimiento, obedecen a una perspectiva que entiende la participación ciudadana en general como un mero trámite de información y un espacio de expresión de opinión de las poblaciones afectadas por un proyecto de inversión. El artículo 82 del Decreto demuestra lo afirmado, pues al referirse a los objetivos de la participación, señala que ésta “comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas.”

¹⁰⁹³ SANHUEZA, C. *et al.*, *No nos toman en cuenta...*, *op. cit.*, p. 39.

Es en este contexto donde se inscribe la consulta indígena, contradiciendo los estándares internacionales que, como se ha visto, vinculan este derecho con los derechos territoriales y de autodeterminación de los pueblos originarios. Por ende, debería aplicarse de un modo en que no sólo influyeran y opinaran, sino también decidieran.

El Decreto 40 presenta otros elementos que debilitan el procedimiento de consulta indígena. Por ejemplo, su artículo 84 permite al Servicio de Evaluación Ambiental derivar la obligación de consulta al privado, pues puede “solicitar al titular informar a la comunidad sobre las características del proyecto o actividad, sus impactos, las medidas propuestas para mitigarlos, repararlos y compensarlos, cuando corresponda, así como cualquiera otra medida de carácter ambiental que se proponga.” Esto disminuye la carga de responsabilidad del Estado en el ejercicio de la instancia de participación que se ofrece, lo que según los estándares internacionales es obligación del Estado, en el caso de la consulta indígena.¹⁰⁹⁴

La misma disposición presenta otra falencia, en cuanto al momento en que el procedimiento se debe realizar: mientras el Derecho Internacional insiste en que debe realizarse en las primeras etapas del proyecto –de hecho, se habla siempre del derecho a la consulta *previa*–, su artículo 84 sólo dice que “[e]stas actividades deberán realizarse oportunamente”, lo que puede interpretarse de modos muy distintos.

Por otro lado, cuando se trata de proyectos de afectación indirecta o de bajo impacto ambiental, el Decreto establece una instancia de diálogo con las comunidades indígenas afectadas en su artículo 86. Estas reuniones están siempre a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental y su objetivo es simplemente conocer y analizar su opinión.

Como se puede observar, entonces, el proceso mediante el cual la legislación chilena pretende garantizar la participación de sus pueblos originarios a través del ejercicio de su derecho a la consulta, no cumple satisfactoriamente con lo que ordena el Convenio nº 169 que el Estado ha ratificado. Sin tomar en cuenta detalles del procedimiento mismo, lo más relevante parece ser el hecho de que esta participación no tiene mayores efectos en la práctica, lo que permite que la opinión de las comunidades indígenas afectadas por un proyecto de inversión, sea fácilmente ignorada. De hecho, aunque éstas han manifestado su oposición ante proyectos productivos y extractivos en sus territorios, el Estado ha concedido permisos para su desarrollo igualmente. Tales han sido los casos de Ralco –antes mencionado– y de varias empresas forestales, frente a los que el movimiento *mapuche* se ha manifestado en contra. Así se explica que cada vez que esto ha ocurrido, el conflicto ha escalado en grado de violencia, pues las comunidades ven la inutilidad de los mecanismos de participación que les ofrece el Estado, lo que les demuestra su falta de voluntad política de satisfacer sus necesidades y demandas.

Ante la ausencia de una legislación específica dedicada a la participación de los pueblos originarios que garantice el ejercicio de su derecho a la consulta previa, la normativa ambiental ciertamente ha sido fundamental para la protección de sus derechos, al menos en cierto nivel. Sin embargo, no debe entenderse que la modalidad de participación ciudadana que prevé la ley ambiental chilena cumple con los requerimientos que el Derecho Internacional determina para la consulta indígena. El problema es precisamente que en este caso se incluyó el caso de las comunidades nativas dentro de una regulación pensada en la participación ciudadana en general, dentro de la

¹⁰⁹⁴ Según algunos autores, “la obligación de la consulta previa recae en los órganos del Estado de manera esencial, y no puede delegar en los privados el deber jurídico de instaurar mecanismos para la consulta”. SANHUEZA, C. *et al.*, *No nos toman en cuenta...*, op. cit., p. 53.

protección del medio ambiente. Por ende, no se trata de una normativa pensada especialmente para esos casos, diseñada con miras a la protección de los derechos indígenas.

Además, la Ley 19.300 se aprobó en 1994, 14 años antes de la ratificación chilena del Convenio nº 169 de la OIT. Por eso, cuando se discutió la normativa ambiental, los parlamentarios no tuvieron en consideración los estándares internacionales que se estaban desarrollando sobre consulta previa. Esto obligó a hacerle modificaciones relevantes el año 2010 mediante la Ley 20.417, pero la Ley sigue siendo una acomodación dentro de una legislación acerca de otra materia relacionada con ellos, no de derechos indígenas en sí.

Esta situación ha llevado a que en la práctica el derecho de consulta de los pueblos originarios no sea ejercido según los estándares internacionales, lo que demuestra claramente la investigación realizada entre los años 2010 y 2012 por el Consorcio Norte-Sur en Derechos Humanos, sobre la aplicación de la normativa internacional sobre consulta indígenas en Chile, cuyos resultados se analizan en la obra *No nos toman en cuenta*.¹⁰⁹⁵ Para este fin, los investigadores estudiaron varios proyectos de piscicultura en la región de La Araucanía, donde es una de las principales actividades económicas.

Dentro de las falencias del ejercicio de la consulta indígena que dicho trabajo evidencia, puede mencionarse algo que ya se adelantaba al analizar la legislación, cuando se advertía que no se obligaba a realizar este procedimiento en las etapas más tempranas de los proyectos. En efecto, los autores afirman que “los procesos de socialización contemplados por la ley ambiental chilena no se han llevado a cabo –en las etapas de planificación de proyectos de piscicultura– con la suficiente antelación como para proteger los intereses de los pueblos indígenas.”¹⁰⁹⁶ En algunos casos se realizaron estas reuniones informativas en las últimas etapas del proceso de evaluación, cuando la empresa ya había invertido una buena suma de dinero. Esta política de hechos consumados irritó a las comunidades, cuyos líderes se frustraban al ver que se enteraban de los proyectos cuando ya era muy tarde como para dar su opinión al respecto. Así, las reuniones a las que les invitaron parecían ser una mera formalidad que se requería para aprobar los proyectos.

Es evidente que, si esta situación provoca un descontento en los afectados que favorece la escalada del conflicto, esta última es algo que se puede evitar o al menos disminuir cambiando lo que la generó: dando espacio para que las comunidades indígenas manifiesten su opinión antes, en las primeras fases del proyecto, tal como establece el Derecho Internacional. Es decir, no se trata sólo de cumplir con estas obligaciones sino además de los efectos prácticos, y esto no sólo en el ejercicio del derecho a la consulta sino en el desarrollo mismo del conflicto.

Por otra parte, los investigadores afirman que realizar consultas en las etapas más tempranas sería positivo también para los intereses comerciales. Sucedió en un caso, por ejemplo, que la fuerte oposición de la comunidad afectada fue una sorpresa para los inversionistas, quienes reaccionaron con temor: uno de ellos se retiró del proyecto y otro señaló que nunca más invertiría en esa zona.¹⁰⁹⁷ Además, con el fin de obtener la

¹⁰⁹⁵ El Consorcio Norte-Sur fue fundado el año 2009 por académicos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, en Chile. El 2012 se unió a la asociación la Universidad de Stanford.

¹⁰⁹⁶ SANHUEZA, C. *et al.*, *No nos toman en cuenta...*, *op. cit.*, pp. 141-142.

¹⁰⁹⁷ SANHUEZA, C. *et al.*, *No nos toman en cuenta...*, *op. cit.*, p. 146.

aprobación de los indígenas, las empresas se ven obligadas a ofrecerles dinero y beneficios. Todo esto se podría evitar dando espacio al diálogo y la negociación en los comienzos del proyecto, disminuyendo las probabilidades de conflicto en las fases posteriores, cuando éste es más riesgoso.

En cuanto a que la consulta se realice de buena fe, cosa que ordena la legislación chilena, la investigación del Consorcio pone en duda que en la práctica se haya dado, pues afirman que varias veces el Estado no ha fomentado el clima de confianza entre las partes e incluso lo ha empeorado, que es lo que se pretende con esto. El hecho de que la participación de las comunidades se haya reducido a un mero trámite formal en varias ocasiones, es una buena muestra de eso, así como la aprobación de proyectos a pesar de la oposición de los afectados. Además, el uso de mecanismos como ofrecer dinero o beneficios para obtener su apoyo, restan legitimidad al acuerdo o consentimiento, al igual que los casos donde los autores observan cooptación y manipulación de las empresas, con aquiescencia del Estado. Esto demuestra que no basta con que el requisito de la buena fe esté estipulado en la normativa, si no va acompañado de medidas más concretas que garanticen su ejercicio en la práctica, como la obligación de realizar las consultas en las primeras etapas del proyecto.

Por otro lado, en los casos que estudió el Consorcio, el Estado tampoco cumple con garantizar que la consulta indígena sea realmente informada. Aunque se trata de una obligación del Estado, las reuniones informativas estuvieron generalmente a cargo de las empresas inversionistas, cuyos representantes se dedicaron a resaltar los beneficios de sus proyectos –especialmente los laborales¹⁰⁹⁸– y omitir selectivamente información sobre sus posibles consecuencias negativas en cuanto a salud y medio ambiente. Es evidente que, si el Estado delega esta obligación en los privados, debe controlar los procedimientos de manera estricta, pero los autores afirman que ese control fue deficiente. Tampoco ofreció asistencia técnica independiente a las comunidades, para ayudarles a comprender una información muy especializada que se les entregaba en las reuniones¹⁰⁹⁹, ni ofreció otros mecanismos para su participación en la evaluación de los proyectos. Es decir, “el simple suministro de información a través de reuniones de socialización fue el único medio utilizado por el Estado y las empresas privadas para poner en práctica los procedimientos de ‘consulta’. Este es un ejemplo paradigmático del modelo de ‘socialización’ que rechazan la OIT y otras fuentes internacionales.”¹¹⁰⁰

Finalmente, el formato de las consultas realizadas en los proyectos de piscicultura que estudió el Consorcio, tampoco cumple con los estándares internacionales al respecto. Éstos comprenden el procedimiento como un *proceso* –no sólo una reunión– diseñado considerando los mecanismos y la cultura de los pueblos originarios. Esto puede variar y por eso es fundamental la participación de estos últimos en la consulta sobre la consulta. No obstante, en los casos estudiados la aplicación de la misma fue diseñada de modo unidireccional, sin considerar siquiera la opinión de los afectados. Por eso, se basaron en la entrega de información y la recolección de firmas individuales en apoyo al proyecto, mientras los *mapuche* generalmente toman sus decisiones de forma comunitaria, en base al consenso. De hecho, según sus costumbres, “los miembros individuales de la

¹⁰⁹⁸ A veces esa información era incluso engañosa, pues se agrandaban esos beneficios, aprovechando la falta de oportunidades laborales y la situación de pobreza de gran parte de esas comunidades.

¹⁰⁹⁹ De hecho, los inversionistas tienden a contratar a sus propios asesores técnicos, por lo que las empresas de consultoría que contratan no pueden tildarse de independientes ni objetivas.

¹¹⁰⁰ SANHUEZA, C. *et al.*, *No nos toman en cuenta...*, *op. cit.*, p. 166.

comunidad, incluyendo los dirigentes, no pueden firmar en nombre de ella a menos que el tema haya sido discutido en forma colectiva.”¹¹⁰¹

Por lo tanto, el modo en que el Estado de Chile ha llevado a la práctica la obligación internacional que tiene de consultar a los pueblos indígenas cuando algún proyecto de inversión les afecte, es a través de una legislación indirecta –relativa al medio ambiente–, poco coactiva y aplicada de modo ineficiente. En la realidad, generalmente el procedimiento se ha reducido a reuniones informativas para las comunidades que han estado a cargo de los inversionistas –cuyas prácticas están más cerca de la cooptación que de la consulta–, donde muchas veces los representantes estatales no han tenido mayor intervención o ni siquiera han estado presentes. En ese contexto, los pueblos originarios se siguen encontrando en una posición de desventaja en las negociaciones, situación que el Estado debe revertir.

3.5 Autonomía y Autodeterminación

En Chile –también en Argentina, aunque en menor grado– ha surgido “un temor infundado entre quienes consideran que ‘autonomía’ es sinónimo de ‘fragmentación del Estado’. Los Pueblos indígenas de Chile y de Argentina, no lo han planteado así.”¹¹⁰² Además, como se ha visto, el Derecho Internacional deja clara la principal limitación al ejercicio de la autodeterminación de los pueblos, que es precisamente la integridad territorial del Estado.

Según HERNÁNDEZ, las demandas *mapuche* se ajustan más a lo que ella denomina como “autonomía cultural”, lo que se debería al proceso de revitalización étnica y cultural que se ha dado en el movimiento indígena latinoamericano en general, a lo largo de las últimas décadas. Ésta consistiría en una autoafirmación etno-cultural del pueblo *mapuche*, en cuanto a la recuperación de sus costumbres, su historia, su lengua, sus formas de organización social y económica y también su territorio.

Sin embargo, autores *mapuche* dan un contenido más político a sus demandas de autonomía, y de hecho afirman que ésta “representa una aspiración por recuperar nuestra ‘soberanía suspendida’ con la invasión y conquista de los Estados chileno y argentino”¹¹⁰³. Evidentemente, la sola mención de la palabra “soberanía” genera recelo en los Estados, pero de todos modos estos autores no se refieren nunca a una pretensión independentista. Su idea de la autonomía es una forma de gobierno para administrar sus territorios, porque es una manera de ejercer su derecho a la autodeterminación.

Para esto, señalan que se requieren instrumentos jurídicos y un aparato burocrático, para organizar en su territorio los tres poderes del Estado, con el fin de proteger los intereses de su pueblo en cuanto a su cultura, su desarrollo económico y su participación política. Por tanto, lo que demandan es una autonomía territorial dentro del Estado –de hecho, señalan perseguir la organización de los poderes del Estado chileno en ese espacio que habitan, no organizar un Estado propio–, con el énfasis en su participación. Esto último también muestra que no hay intenciones secesionistas, pues

¹¹⁰¹ SANHUEZA, C. *et al.*, *No nos toman en cuenta...*, *op. cit.*, p. 178.

¹¹⁰² HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, *op. cit.*, p. 34

¹¹⁰³ MARIMÁN, P. *et al.*, *j...Escucha, winka...!*, *op. cit.*, p. 253.

sólo se lucha por mayor participación cuando se pretende mantenerse dentro de un Estado, en el cual se busca mayor autonomía. Si pretendieran un Estado distinto, no tendrían por qué reclamar espacios de participación dentro del Estado de Chile. Por esta razón, los autores hablan de perseguir la formación de un “gobierno autonómico”, no independiente.

Esta reclamación del pueblo *mapuche* responde, como se ha mencionado, a la aspiración por ejercer efectivamente su derecho a la autodeterminación, la cual es entendida por los intelectuales ya citados como “el derecho que tienen todos los pueblos o naciones a decidir, en forma soberana, su futuro político, social, económico y cultural, como también la estructura de gobierno y la participación que desean.”¹¹⁰⁴ Aquí nuevamente la palabra “soberana” es una que genera reticencia en los Estados, pero debe entenderse que se refiere a una autorregulación libre de toda interferencia externa, como se ha definido en el primer capítulo de esta investigación. A eso apunta la idea de soberanía, pues no se trata de un autogobierno total como el de un Estado, sino parcial.

En este sentido, para estos autores *mapuche* la autodeterminación implica los siguientes derechos: autoafirmación, autodefinición, autodelimitación de su territorio, autodisposición interna (modo de estructurar el gobierno y distribuir el poder y la participación¹¹⁰⁵), y autodisposición externa. Este último probablemente cause mayor rechazo por parte del Estado, pues implica crear redes con la comunidad internacional, que debe reconocer la autonomía *mapuche* y sus límites territoriales. De todos modos, reconoce también el deber del pueblo indígena de respetar los del Estado y sus estructuras de gobierno, lo que debería descartar la independencia.

Ahora bien, de todos modos debe reconocerse que en el discurso de estos intelectuales, aunque señalan que el proyecto de sociedad que el movimiento *mapuche* plantee debe trabajarse después con el *winka*, algunas expresiones pueden prestarse a otra interpretación o al menos a confusión. La mención a la soberanía es un buen ejemplo de esto, pero junto con ello cabe destacar su referencia a la lucha araucana como un movimiento de *liberación nacional* porque “reivindica a una nación que está en una situación colonial, (...) lo que implica exigir los derechos de *autodeterminación* que en algún momento se nos suspendieron.”¹¹⁰⁶ En este sentido, debemos recordar el origen del reconocimiento de este derecho en los procesos de descolonización en la segunda mitad del siglo XX. Ya nos referido a esto en extenso en el primer capítulo de este trabajo, pero basta señalar que la autodeterminación fue un derecho reconocido en primer lugar a pueblos coloniales, tanto en su dimensión interna –autonomía– como externa –independencia–, pues estaban bajo dominación extranjera. A los pueblos que no son coloniales, en cambio, se les reconoce sólo en su dimensión interna. Por tanto, si un pueblo indígena se cataloga como colonial, podría exigir los derechos que como tal le corresponderían, y así podría demandar un derecho a la secesión. Por eso, aunque el movimiento *mapuche* no contemple una reclamación de este tipo, afirmaciones como la citada de la obra colectiva *Escucha, winka...!* sólo pueden generar mayor suspicacia en las autoridades de gobierno, y por tanto menor apertura a sus demandas.

En general, Chile es un país muy centralizado y con una fuerte tradición unitaria, lo que evidencia su negativa a reconocerse como un Estado pluricultural o plurinacional.

¹¹⁰⁴ MARIMÁN, P. et al., *j...Escucha, winka...!*, op. cit., p. 254.

¹¹⁰⁵ En este caso, también hay *winka* que viven en territorio *mapuche*, por lo que se podría plantear la idea de *co-gobierno*. Un parlamento autónomo podría servir de gobierno, por ejemplo.

¹¹⁰⁶ MARIMÁN, P. et al., *j...Escucha, winka...!*, op. cit., p. 259.

Por esto, ha sido históricamente reacio a reconocer derechos a los pueblos indígenas, y recién ahora se están tomando algunas medidas más participativas al respecto. En este contexto, es muy difícil que en un corto plazo se admita en el país mayor autonomía para alguna región dentro de su estructura administrativa.

De todos modos, no debe descartarse el rol que juegan los intereses económicos en esto, pues hay situaciones donde esta postura política no ha sido tan intransigente. El año 2005, por ejemplo, comenzó a elaborarse un Proyecto de Ley que el 2007 se aprobó como la ley nº 20.193.¹¹⁰⁷ Ésta implica una reforma constitucional que establece a la Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández como “territorios especiales” en Chile, cuyo gobierno y administración pasará a regirse por los estatutos que para cada caso constituyan las correspondientes leyes orgánicas constitucionales, que para octubre de 2017 aún no se dictan. Lo que ARAYA legítimamente se pregunta al respecto es “¿por qué esta situación no se visualiza para el pueblo Mapuche?”¹¹⁰⁸

3.6 Ley nº 20.609 o “Ley Antidiscriminación”: uso potencial con limitaciones

Por último, dentro de la normativa chilena que protege al pueblo *mapuche*, puede mencionarse la Ley nº 20.609 o Ley Antidiscriminación, aprobada el 2012 tras un largo y arduo debate en el Parlamento. Si bien no es una legislación específica para las comunidades indígenas, ciertamente puede ser utilizada por ellas en caso de ser víctimas de discriminación. El derecho a no ser discriminado estaba ya garantizado en la Constitución chilena, que en su artículo nº 1 dictamina que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y en el nº 19 asegura a todos los individuos “[l]a igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados”.¹¹⁰⁹ Por lo tanto, todas las personas deben recibir el mismo trato por parte del Estado y sus organismos. Sin embargo, la promulgación de la Ley nº 20.609 es un avance muy significativo en la protección efectiva de este derecho, porque además de reconocerlo, establece un procedimiento judicial concreto para este tipo de actos.

En cuanto al contenido de la normativa, destacan los dos primeros artículos, referidos a su propósito y a la definición de lo que debe entenderse por discriminación arbitraria. Así, el artículo nº 1 afirma que su principal objetivo es “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.” En base a esto, obliga al Estado a tomar medidas destinadas a ese fin de manera activa; el deber del Estado en esta tarea no es, por tanto, su sola abstención de discriminar. De todos modos, no establece qué acciones concretas se deben seguir, siendo una disposición más programática que operativa. Esto es muy relevante para la prevención de la discriminación, por lo que debería ser abordado de manera más precisa en esta Ley.

¹¹⁰⁷ Ley nº 20.193, de 30 de julio de 2007. “Reforma constitucional que establece los territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández.” Diario Oficial de la República de Chile nº 38.825, p. 3.

¹¹⁰⁸ ARAYA, J., *El reconocimiento del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 115.

¹¹⁰⁹ Decreto nº 100, de 17 de septiembre de 2005. “Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.” Diario Oficial de la República de Chile nº 38.268, de 22 de septiembre de 2005, pp. 5-26.

El segundo artículo define discriminación arbitraria como “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.” Es probablemente la disposición más relevante de esta Ley, y fue uno de los que más se discutió en el Congreso. Ha sido fuertemente criticado por la enumeración de razones particulares de discriminación, pues de ese modo privilegia a ciertos grupos. De todos modos, no queda claro si ese listado debe interpretarse de modo restringido o si puede entenderse que abarca más motivos posibles. Los tratados internacionales que se han firmado para asuntos similares muchas veces señalan que se prohíbe la discriminación “especialmente” por determinados motivos, quedando claro que no es una lista cerrada. Cuando la Ley nº 20.609 dice “en particular”, eso no queda establecido con total certeza. Sin embargo, la práctica que se ha dado en estos cinco años en que la normativa lleva vigente, muestra que también se han establecido denuncias bajo la Ley Antidiscriminación por motivos que escapan de las 15 razones enumeradas en la ley, tales como expulsiones de establecimientos educacionales¹¹¹⁰ o restricción injustificada a acceder a organizaciones, lugares o trabajos.¹¹¹¹

De cualquier manera, la enumeración de artículo 2 incluye la raza o etnia, por lo que el pueblo *mapuche* podría recurrir a esta normativa en caso de ser discriminado por su calidad de tal, toda vez que la Ley Indígena lo reconoce dentro de las nueve “etnias” que protege.

Entre los artículos 3 y 14, la Ley Antidiscriminación establece y regula un procedimiento judicial a seguir, según el cual se dictaminaría si hubo o no discriminación arbitraria en un caso determinado, y las sanciones correspondientes. Además, pasa a ser un agravante de cualquier acto basado principalmente en alguna de las motivaciones enumeradas en ese segundo artículo.

Sin duda esta normativa es un paso adelante muy significativo en la protección de la discriminación, pero llama la atención lo tardía de su adopción y las controversias surgidas en sus debates, considerando que es un tema zanjado desde hace décadas en la comunidad internacional. Por tanto, estas dificultades no pueden deberse a otra cosa que a la falta de voluntad política. Recordemos que el trámite no tuvo mucha urgencia para las autoridades, sino que se aceleró principalmente por la presión generada a partir del trágico suceso del violento ataque contra Daniel Zamudio, un joven de 24 años, que murió tras una brutal golpiza que le propinó un grupo de individuos aparentemente neonazis, por el hecho de ser homosexual.

En cuanto a su aplicación, si bien lleva sólo cinco años en vigor, hasta octubre de 2016 se habían presentado 245 denuncias, de las cuales únicamente se dictaron 48

¹¹¹⁰ Por ejemplo, Eduardo Núñez Camilo vs. Colegio Salesiano Manuel Arriarán Barros, 4º Juzgado Civil de San Miguel, Causa ROL C-132305-2016, fallo de 19 de junio de 2017.

¹¹¹¹ Por ejemplo, Anamaría Carmona Arredondo vs. Sandra Yasmín Vargas Sepúlveda, 23º Juzgado Civil de Santiago, Causa ROL C-4968-2013, fallo de 30 enero 2014.

sentencias y de ellas en sólo 13 casos el fallo fue favorable a la parte demandante. En cuanto a los motivos de discriminación acusados, la mayoría se refieren a alguna discapacidad o enfermedad, luego por ideología política o participación en organizaciones gremiales, y por sexo, orientación sexual o identidad de género. Los criterios de religión, apariencia personal, estado civil y raza o etnia son los que menos se han invocado.¹¹¹² Acerca de este último, que es el más relevante a efectos de esta investigación, son sólo tres las denuncias que se han presentado ante tribunales chilenos, acusando discriminación arbitraria por pertenecer a una etnia –en particular, al pueblo *mapuche*–, y todas han sido rechazadas: en una ocasión fue desestimada por extemporaneidad¹¹¹³ y en las otras dos no se ha acreditado que haya habido discriminación arbitraria.¹¹¹⁴

El uso que puede darle el pueblo *mapuche* a la Ley Antidiscriminación, por tanto, aún no se puede evaluar. La normativa tampoco lleva mucho tiempo vigente, pero además está a la vista que es una herramienta que los indígenas no utilizan. Esto puede deberse a su desconocimiento de ella, su desconfianza o ciertos aspectos de la Ley que desincentivan su uso. Por ejemplo, la carga de la prueba está en el demandante, algo que no ocurre así en otros países. Así, es el acto discriminatorio el que debe ser probado por su víctima, no el demandado quien debe justificarlo razonablemente. Evidentemente, estas acciones son muy difíciles de probar, lo que demuestra la poca cantidad de denuncias aceptadas.

Además, en caso de no poder probar el acto de discriminación –algo muy probable–, el demandante no sólo debe pagar las costas del juicio sino además una multa. Por el contrario, si éste gana la demanda, la indemnización no se destina a su reparación sino que va en beneficio fiscal.

La Ley 20.609 ha sido muy importante en términos simbólicos y de creación de conciencia en la sociedad, instalando el tema en la agenda nacional y dando lugar a la discusión sobre derechos de distintos colectivos discriminados, principalmente en cuanto a orientación sexual e identidad de género. Sin embargo, no ha tenido mayor repercusión en la protección de los derechos indígenas ni del pueblo *mapuche* en particular. Su importancia para estos fines, entonces, es sólo potencial.

3.7 Aplicación de la Ley nº 18.314 o “Ley Anti-Terrorista”

La Ley nº 18.314 no es precisamente una normativa que protege a las comunidades indígenas, menos aun una a la que puede recurrir el pueblo *mapuche* para plantear sus demandas. De hecho, es una que le afecta pero negativamente, por lo que

¹¹¹² Si bien los fallos de la mayoría de los casos están disponibles en el sitio web del Poder Judicial de la República de Chile (www.pjud.cl), estos datos se han obtenido de documentos de Fundación Iguales, que sistematizó la información del Poder Judicial y generosamente la facilitó a la autora de esta investigación.

¹¹¹³ Juan Carlos Ñeguey Alcaman vs. Carlos Carvajal Castro y Germán Fierro Correa, Juzgado de Letras de Cañete, Causa ROL C-129-2015, fallo de 10 de junio de 2016.

¹¹¹⁴ Gerardo Iván Castro Colihuinca vs. Tercera Compañía de Bomberos, Bomba Suiza de Lautaro, Juzgado de Letras de Lautaro, Causa ROL C-145-2015, fallo de 29 de febrero de 2016; Irma Antinao Deumacán vs. Peter Van Lancker Braun y otros, Juzgado de Letras de Lautaro, Causa ROL C-517-2014, fallo de 25 de mayo de 2015.

una de las principales reclamaciones actuales de sus líderes es que no se le siga aplicando.

Instaurada en 1984 –es decir, en plena dictadura militar– la Ley nº 18.314 define jurídicamente lo que son las conductas terroristas y establece la penalidad que debe aplicarse a ellas.¹¹¹⁵ Su objetivo era perseguir a los movimientos de izquierda armados que se oponían al régimen, por lo que en el gobierno de Aylwin se modificó para ajustarla al nuevo régimen democrático. Ha sufrido varias otras reformas parciales desde 1991: el año 2002, por ejemplo, se ajustó al nuevo sistema procesal penal chileno, dando al Ministerio Público ciertas facultades de investigación y procesamiento; el 2010 –siguiendo recomendaciones de la CIDH y tras una larga huelga de hambre de comuneros *mapuche* en prisión– se eliminó la presunción de dolo terrorista¹¹¹⁶, y el 2011 se excluyó a los menores de edad de su aplicación.

Esta normativa tiene lugar en esta investigación porque se ha criticado desde distintos sectores, el hecho de que se aplique sistemáticamente contra el pueblo *mapuche* al castigar sus delitos en el contexto de su conflicto con el Estado en La Araucanía, con el fin de reprimir al movimiento. Estas críticas no sólo han surgido desde las comunidades indígenas, algunos sectores políticos y expertos en el área¹¹¹⁷, pues el mismo SIDH ha mostrado preocupación por este asunto. De hecho, el año 2014 la CorteIDH condenó a Chile por violar distintos principios y derechos en un caso en que aplicó la Ley Antiterrorista a un grupo de comuneros *mapuche*.¹¹¹⁸ Se trata de una normativa que, por la calidad de delitos que castiga, establece penas más severas para los mismos y menos garantías judiciales para quienes sean enjuiciados por ella.¹¹¹⁹

¹¹¹⁵ Ley nº 18.314, de 16 de mayo de 1984. “Determina conductas terroristas y fija su penalidad.” Diario Oficial de la República de Chile nº 31.873, de 17 de mayo de 1984, pp. 2.354-2.355.

¹¹¹⁶ El artículo 1 de la Ley nº 18.314 establecía que se entendería por delito terrorista todo acto enumerado en el artículo 2º, si se cometía “con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie”, entre otras cosas. Posteriormente, una modificación a dicha normativa, mediante la Ley nº 19.027, de 31 de diciembre de 1990, añadió que “[s]e presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos.” Diario Oficial de la República de Chile nº 33.876, de 24 de enero de 1991, pp. 1-2. Este inciso fue suprimido casi veinte años más tarde, con la Ley nº 20.467, de 5 de octubre de 2010, “Modifica disposiciones de la Ley nº 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.” Diario Oficial de la República de Chile nº 39.780, de 8 de octubre de 2010, pp. 1-2. De ese modo, se eliminó la presunción de dolo terrorista.

¹¹¹⁷ CONTESE, por ejemplo, califica la persecución de líderes *mapuche* bajo esta Ley como uno de los episodios más oscuros de la transición en cuanto a derechos humanos: la persecución de líderes *mapuche* bajo la ley anti-terrorista. “Indigenous peoples in Chile...”, *op. cit.*, p. 28.

¹¹¹⁸ CorteIDH, Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena *mapuche*) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, reparaciones y costas).

¹¹¹⁹ Por ejemplo, el tiempo de detención antes de ponerlo a disposición del juez de garantía excede lo normal (diez días frente a un máximo de 24 horas) y tiene lugar en un recinto penitenciario, no judicial ni de detención (artículo 11). Además, como uno de los criterios para solicitar la prisión preventiva del acusado es la gravedad del delito, el sólo hecho de que se califique como terrorista implica esa posibilidad. Así, alguien que reciba una condena de cinco años por un delito contra la propiedad privada, pero juzgado bajo la Ley Antiterrorista, pudo haber estado en prisión preventiva incluso más de un año, aumentando así su condena en la práctica, aun sin haber sido sentenciado.

Por otro lado, los testigos y peritos obtienen protección especial según los artículos 15 al 21. Pueden, por ejemplo, esconder su identidad ante el acusado y sus abogados –los llamados

La normativa en cuestión ya ha sido foco de cuestionamiento por su contenido mismo, debido al concepto amplio que sigue de “terrorismo”. Esto, porque el artículo 1 establece que, para que un delito constituya un acto terrorista debe ser un hecho cometido “con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.” Lo que determina, entonces, que un delito sea calificado como terrorista, es la intención con la que éste se comete. Es decir, un factor subjetivo muy difícil de probar, tal como ocurre con la aplicación de la Convención contra el Genocidio, según hemos revisado en el segundo capítulo de esta investigación.

El artículo nº 2 de la Ley Antiterrorista enumera concretamente las acciones que, de realizarse con la finalidad de provocar terror, constituirían un delito terrorista. Éstas son las siguientes: i) homicidio, infringir lesiones, secuestro y sustracción de menores, envío de artefactos explosivos, incendio y estragos, infracciones contra la salud pública, descarrilamiento; ii) apoderarse o atacar medios de transporte público en servicio, o actos que pongan en peligro la vida, integridad corporal o salud de sus pasajeros o tripulantes; iii) atentar contra el Jefe de Estado y otras autoridades estatales o internacionales; iv) colocar, lanzar o disparar artefactos explosivos o incendiarios, y v) asociación ilícita terrorista.

Como se puede observar, la definición de terrorismo que sigue la Ley nº 18.314 es bastante vaga, ambigua y con una enumeración amplia de los delitos sobre los que aplica, lo cual permite fácilmente que se entienda de distintas maneras. Esto es preocupante porque, al ser una normativa especial que quita garantías procesales a los acusados, debe haber restricciones para su invocación e interpretación. Sin embargo, los tribunales chilenos la han comprendido de manera amplia. Ha ocurrido, por ejemplo, con el delito de incendio, pues incluye también las formas menos graves que se estipulan en el código penal chileno, como la quema de espacios que no se destinan a la habitación: un bosque, por ejemplo. Esto no podría calificarse como un atentado indiscriminado contra la vida, la integridad física o la seguridad de la población, y de hecho los tribunales se han basado en los daños que estos hechos han provocado a la propiedad privada, no a las personas. Una Ley Antiterrorista debe estar claramente restringida, pero la que contempla la legislación chilena permite interpretaciones amplias que incluyan como delito terrorista acciones que atentan sólo contra la propiedad, lo que causa confusión.

De esa forma, los resultados que ha tenido la aplicación de la Ley Antiterrorista al pueblo *mapuche* han significado condenas desproporcionadas con los delitos por los que se ha enjuiciado a sus comuneros. Por estas razones, ha sido motivo de preocupación de los distintos Relatores Especiales de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas. STAVENHAGEN, por ejemplo, tras visitar Chile en julio de 2003, afirmó que el nuevo procedimiento penal, sumado a la aplicación de la Ley Antiterrorista y al hecho de que cualquier acto en que participe un miembro de la fuerza pública como presunto autor de un delito, “establece una condición de vulnerabilidad del derecho al debido proceso, que afecta de manera selectiva a un grupo claramente identificado de dirigentes

“testigos sin rostro”-, lo que restringe en buena medida el ejercicio de su derecho a defensa y vulnerando así el debido proceso.

mapuche.”¹¹²⁰ A raíz de esto, el Relator recomienda que en el punto 70 del informe, que no se apliquen acusaciones de delitos de otros contextos, como “amenaza terrorista”, a hechos que surjan de la lucha indígena por sus territorios y demandas. Incluso recomienda revisar un caso en que se procesa a unos *lonkos* bajo dicha legislación, garantizando su derecho al debido proceso.

Posteriormente, ANAYA también dedicó unas líneas en su informe a catalogar como un “aspecto preocupante” la aplicación de la Ley n° 18.314 contra personas *mapuche* por delitos cometidos dentro del contexto de protesta social. Recordó la recomendación de su predecesor y recordó algunos casos de *mapuche* condenados y procesados por esta normativa.¹¹²¹

Por último, cabe destacar la opinión del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la lucha contra el terrorismo, quien, aunque no trata temas indígenas en particular, dedicó su visita a Chile en junio de 2013, precisamente a la aplicación de la Ley Antiterrorista en casos de protestas *mapuche* por la recuperación de sus territorios y la defensa de sus derechos. En su informe, EMERSON critica varios aspectos del contenido de la normativa y proporciona datos estadísticos de su invocación para este tipo de hechos. A su juicio, éstos “demuestran que las protestas mapuches representan la gran mayoría de los procesamientos con arreglo a la legislación antiterrorista”¹¹²², por lo que le parece indudable que “ha sido utilizada desproporcionadamente en contra de imputados por delitos relacionados con las protestas mapuches por las tierras.”¹¹²³ Esto es claramente una muestra de discriminación contra este pueblo indígena, lo que incluso contraviene las recomendaciones del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD): dentro de los indicadores de posible discriminación racial a los que los Estados deben atender está la imposición de penas más severas o inadecuadas a las personas pertenecientes a esos grupos, así como los “efectos discriminatorios indirectos que pueden tener ciertas legislaciones nacionales, particularmente las leyes relativas al terrorismo, la inmigración, la nacionalidad, las penas que prevén la prohibición de entrada o la expulsión del territorio nacional contra no nacionales, así como las leyes que tienen por objeto penalizar a ciertos grupos o la pertenencia a ciertas comunidades sin motivo legítimo.”¹¹²⁴

En este sentido, podría recurrirse a la Ley Antidiscriminación previamente estudiada, para reclamar por la aplicación desproporcionada de la Ley Antiterrorista a personas *mapuche*. Esto no ha sucedido aún, pero también debemos recordar que, si se recurriera a ella, su artículo 2 establece también algunas limitaciones. Esta disposición, tras definir lo que debe entenderse por discriminación arbitraria, excluye de ella los actos

¹¹²⁰ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Misión a Chile. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. U.N. Doc. E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003, párr. 37.

¹¹²¹ ANAYA, James, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. U.N. Doc. A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre de 2009, párr. 46.

¹¹²² EMMERSON, Ben, *Misión a Chile. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*. U.N. Doc. A/HRC/25/59/Add.2, 14 de abril de 2014, párr. 48.

¹¹²³ EMMERSON, B., *Misión a Chile... , op. cit.*, párr. 54.

¹¹²⁴ CERD, Recomendación general n° 31, sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, 65° periodo de sesiones, 20 de agosto de 2004.

de ese tipo que se den en determinadas situaciones. En primer lugar, no puede utilizarse un acto discriminatorio para “justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.” Además, se aceptan como razonables aquellas diferencias que, aun basadas en alguno de los criterios de discriminación arbitraria enumerados en el primer inciso del artículo, se justifiquen por el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental u otra causa constitucionalmente legítima. De esa manera, el Estado de Chile podría escudarse en “resguardar la seguridad nacional” –un deber suyo establecido en el artículo 1 de la Constitución– para defenderse ante acusaciones de discriminación arbitraria por aplicar la Ley Antiterrorista de modo desproporcionado a miembros del pueblo *mapuche*.

Como en Chile no hay un criterio objetivo para invocar la Ley nº 18.314, su aplicación puede ser incoherente, por lo que EMMERSON considera que debe justificarse adecuadamente cuando sea utilizada en el contexto de la protesta *mapuche*, especialmente si se tiene en cuenta que su invocación ha significado el aumento de la violencia en el conflicto entre el Estado y el movimiento indígena. De hecho, el Relator Especial EMMERSON considera que “aplicar la legislación antiterrorista a los participantes en protestas mapuches por las tierras es parte del problema y no de la solución. Se ha vuelto contraproducente para una solución pacífica del tema mapuche y no debe continuar.”¹¹²⁵

A raíz de todos estos cuestionamientos, los últimos gobiernos se han comprometido a no aplicar la Ley Antiterrorista a miembros del movimiento *mapuche*, pero ésta se ha seguido invocando y se continúan aprovechando las ventajas procesales que dicha normativa establece contra los acusados.

¹¹²⁵ EMMERSON, B., *Misión a Chile...*, op. cit., párr. 85.

Conclusiones y Reflexiones Finales

1. Definiciones y Características de Minorías Nacionales y Pueblos Indígenas

Minorías nacionales y pueblos indígenas son grupos étnicos con muchos elementos en común, pero también con ciertas diferencias relevantes, como se ha mencionado en el tercer capítulo de esta investigación.

En cuanto a las primeras, podemos rescatar la concepción de LLAMAZARES, que parece ser de las más completas, y añadirle algunos elementos que no menciona en ella: su largo asentamiento en el Estado, planteado por ARP, y su inferioridad numérica en relación con el resto de la población, incluida por CAPOTORTI. A partir de estas ideas, podemos proponer nuestra propia definición de minorías nacionales de la siguiente manera:

“Un grupo no dominante y numéricamente inferior al resto de la población de un Estado en el que están asentados desde hace mucho tiempo, integrado por personas que comparten una identidad cultural distinta de la mayoritaria –etnia, religión, tradiciones y/o costumbres–, la cual pretenden preservar.”

Para sintetizar lo que son los pueblos indígenas, por otra parte, nos valemos principalmente de las ideas de ANAYA, GÓMEZ DEL PRADO, SOBERO y MARTÍNEZ COBO, para definirlos como:

“Un grupo no dominante, integrado por personas que se autoidentifican como indígenas y que comparten una identidad cultural distinta de la dominante, la que pretenden conservar y en la que es esencial su especial relación con el territorio que ocupan o que quieren ocupar, debido a que se relacionan ancestralmente con sus habitantes originales. Tienen una economía de supervivencia y una organización comunitaria, y actualmente se encuentran en situación de pobreza y marginación.”

Dentro de las similitudes que derivan de sus definiciones, podemos, antes que todo, mencionar tres aspectos que tienen una estrecha relación entre sí. Lo que primero distingue a estos colectivos del resto de la población de los Estados donde viven, es su identidad cultural: ésta es distinta a la de la mayoría, y determina que el grupo se diferencie del resto y se catalogue como minoría nacional o como pueblo indígena. Por esta razón podemos considerar a ambos como “grupos étnicos”, toda vez que el término “etnicidad” por lo general se refiere “a las normas culturales, en particular a la cohesión política dentro de una unidad social dada”¹¹²⁶.

En segundo lugar, está la inferioridad numérica. Para las minorías nacionales esto es evidente ya en su nombre –“minoría”–, con alguna excepción muy extraña como el

¹¹²⁶ DILLEHAY, T., *Araucanía...*, op. cit., p. 124.

caso del *apartheid* en Sudáfrica. Los pueblos originarios también son por lo general un grupo minoritario dentro de los Estados en que habitan, pero pueden observarse algunas excepciones más significativas, como ocurre actualmente en Bolivia y Guatemala.

Ahora bien, más relevante que la cantidad de personas que componen el colectivo, es la posición no dominante que ocupan en sus respectivas sociedades. Esto generalmente se vincula con su inferioridad numérica, dado que es difícil que un grupo cultural minoritario ocupe un puesto de dominio en un país. Esta característica es compartida por minorías nacionales y pueblos indígenas, y constituye un aspecto muy importante a considerar, pues condiciona en buena medida la situación de vulnerabilidad en que se encuentran. Es esto lo que ha impulsado a la comunidad internacional a preocuparse por solucionarla y proteger por tanto sus derechos.

Los tres atributos mencionados pueden observarse en los casos particulares que se han estudiado en esta investigación. Tanto los gitanos en España como los *mapuche* en Chile constituyen grupos con una identidad cultural distinta de la de la población mayoritaria con la que se relacionan, son una minoría numérica en sus respectivos países, y claramente están en una posición no dominante en ellos, incluso con poca participación en la toma de decisiones políticas.

Posteriormente, pueden identificarse otros elementos que, si bien son similares, presentan algunos matices que van diferenciando a una minoría nacional de un pueblo originario.

Primero, ambos grupos tienen la voluntad de preservar su cultura. Es decir, no sólo tienen una identidad étnica particular sino que son conscientes de eso y pretenden mantenerla, protegerla y desarrollarla. Dado lo esencial que es este elemento en el colectivo, puede decirse entonces que conforman voluntariamente un grupo y quieren seguir siéndolo. Sin embargo, sólo los pueblos indígenas han luchado por su autoidentificación como tales, hasta que se le ha reconocido como derecho. A las minorías nacionales se las define desde fuera, pero los nativos se definen a sí mismos.

Además, hay dos factores relacionados con el espacio físico que habitan, que caben también dentro de esta segunda categoría. Éste por lo general corresponde a un lugar determinado en el país o en el mundo, como el pueblo *mapuche* en Chile –que se ubica principalmente en la región de La Araucanía– o las minorías nacionales reconocidas como tales en España, distribuidas en sus comunidades autónomas. Sin embargo, se ha precisado en esta investigación, que también existen minorías “no territoriales”, dentro de las cuales se incluye precisamente a la minoría romaní, que en muchos casos se caracteriza por ser nómada o semi-nómada. Ahora bien, este colectivo es un caso bastante peculiar y por eso se ha definido como una minoría pan-europea, debido a su dispersión por todo el continente. Así, tenemos que dentro de España los romaníes –los gitanos– sí se concentran mayormente en un área específica –Andalucía–, pero que en toda Europa corresponde más a una minoría no-territorial.

Por otro lado, tanto pueblos indígenas como minorías nacionales llevan un buen tiempo habitando esos lugares. En el caso de las minorías, por ejemplo, es lo que les distingue de los nuevos grupos minoritarios que se han formado a partir de fenómenos migratorios de las últimas décadas. Las minorías nacionales, en cambio, tienen un asentamiento en el Estado de larga duración. Así es el caso de la minoría romaní, que se encuentra asentada en toda Europa entre los siglos XIV y XV, incluyendo España. Sin embargo, los pueblos originarios –como bien dice su nombre– son aquéllos que no sólo llevan un buen tiempo en esos territorios sino que corresponden a sus habitantes

originales, los primeros. Por eso, reclaman ocupar tierras *ancestrales*, que les han pertenecido siempre por sus antepasados, desde antes de la formación del actual Estado. Es claramente el caso del pueblo *mapuche*.

Por último, hay algunos atributos que sólo son propios de las comunidades indígenas, pero no de las minorías nacionales. No obstante, el caso de los romaníes es bastante peculiar y efectivamente pueden encontrarse algunos de ellos entre sus características.

Relacionado con la ocupación ancestral del territorio, por ejemplo, está la ascendencia común que tienen los miembros de los pueblos originarios, con los primeros habitantes del lugar. Esto no se da necesariamente en las minorías nacionales, y la romaní lo ilustra claramente, al ser un grupo proveniente incluso de otro continente, que se asentó en Europa tras migrar desde la India, en países con cuya población no tenían vínculo de ningún tipo.

También relacionada con lo anterior está la íntima y especial relación que tienen los indígenas con sus tierras, lo que se debe igualmente a su dependencia material de ella. Este aspecto es el centro de una cosmovisión distinta por parte de estas comunidades, que hace que no sólo se distingan por sus manifestaciones culturales sino por algo más profundo aun: su visión de mundo, su *Weltanschauung*. Precisamente el pueblo *mapuche* ilustra este punto, cuyo nombre –“gente de la tierra”– ya da cuenta de la importancia que para ellos tiene dicho elemento, y que determina un sentido de la vida muy diferente en relación con el occidental, teniendo como eje la relación armónica con su medio ambiente. Esta situación no se observa generalmente en las minorías nacionales, y tampoco se encuentra en los gitanos.

Ahora bien, hay algunos elementos propios de un pueblo indígena y que no se incluyen en lo que se entiende por minoría nacional, pero que pueden observarse de cierta manera en los romaníes. En primer lugar, está la economía de supervivencia, propia de grupos semi-nómadas. Por esto mismo no es algo que generalmente caracterice a las minorías nacionales, pero en el caso de los gitanos, que aunque se hayan sedentarizado aún tienen un estilo de vida relativamente itinerante, puede identificarse este tipo de economía también. Ciertamente las actividades que desarrollan los *mapuche* y los gitanos son muy distintas: los primeros son sociedades agrícola-ganaderas (aunque varios sean asalariados, hayan emigrado a las ciudades o produzcan también para el comercio); los segundos, si bien han sido forzados a lo largo de la historia a trabajar en la agricultura, han complementado el trabajo en el campo con sus actividades comerciales tradicionales –venta ambulante, herrería, venta de chatarra, cestería, trabajos de feria, trata de ganado, etc.–. Por lo tanto, puede decirse que ambos grupos desarrollan una economía primaria, de autoabastecimiento o supervivencia.

Por otra parte, los nativos no tienen instituciones políticas centralizadas sino una organización comunitaria que se basa en la toma de decisiones a través del consenso. Esto no ocurre en las minorías nacionales, que normalmente se insertan en la organización política del Estado en que habitan, con mayores o menores grados de autonomía pero dentro de esa estructura. Como se ha visto, en España los gitanos no tienen instancias de autogobierno, como sí tienen las minorías reconocidas como tales en sus comunidades autónomas. Sin embargo, tampoco tienen una estructura política organizada para tomar sus decisiones. Por lo general, han formado asociaciones y ONGs para luchar por la mejora de las condiciones socioeconómicas del grupo: en el plano internacional destaca la Unión Romaní, y en el español, la Fundación Secretariado Gitano. Existió un partido político

fundado a fines del siglo XX –el Partido Nacionalista Caló–, pero tuvo muy escaso éxito y, por lo mismo, poca duración. En lo que sí se asemejan los gitanos un poco más a los pueblos indígenas, es en el aspecto comunitario de su organización social, en el sentido de que se basan en la familia. Los *mapuche* se han estructurado históricamente alrededor de la familia, lo cual ha determinado incluso su sistema económico. Los lazos que han establecido creando organizaciones más grandes han sido también a partir de lazos familiares. Los gitanos, por su parte, si bien perdieron muchos elementos de su cultura a lo largo de los años, pudieron conservar hasta la actualidad una organización social basada en la solidaridad del clan familiar.

Otra característica propia de las comunidades indígenas es la situación socioeconómica en que se encuentran, determinada por su marginación, explotación y pobreza. Esto se debe a que han quedado excluidos de los procesos de modernización, por lo que no han podido disfrutar de sus beneficios. Es el caso de los *mapuche*, que si bien tienen actividades agrícolas orientadas hacia el comercio, no cuentan con maquinaria moderna que les ayuden a hacerlas más productivas, en el sentido moderno del término. Siguen medios tradicionales, lo que, al insertarse en un medio occidental, les deja en una posición de retraso. Las minorías nacionales, en cambio, sí han sido parte de esa modernización en sus respectivos Estados, e incluso han surgido ciertas élites económicas dentro de ellas. Sin embargo, nuevamente la minoría romaní escapa a esta regla, y en este ámbito comparte esta característica con los pueblos originarios: se trata de un grupo que vive en condiciones de pobreza y fuerte marginación social.

De lo anterior también se desprenden diferencias entre ambos tipos de grupo en cuanto a su nivel educativo: mientras las minorías nacionales han recibido mejor educación y en base a ella han adquirido mayor conciencia de su situación de vulnerabilidad, los pueblos indígenas presentan importantes porcentajes de analfabetismo. Es cierto que en las últimas décadas ha mejorado la cobertura educacional de los nativos, como han impulsado las políticas chilenas hacia el pueblo *mapuche*; sin embargo, se trata de los hijos de caciques que han formado una élite intelectual, manteniéndose la mayoría de la población araucana con bajos niveles de educación. Dado que esto se vincula estrechamente con su situación socioeconómica, los gitanos no gozan de los altos grados de formación de las minorías nacionales europeas, sino que se encuentran en condiciones similares a las de las comunidades autóctonas en América Latina.

A partir de estas diferencias en lo que constituyen los pueblos originarios y las minorías nacionales propiamente tal, es que se han dado distinciones en cuanto a su relación con sus respectivos Estados de asentamiento, sus necesidades, sus demandas y su modo de plantearlas y exigir sus derechos.

Por ejemplo, aunque ambos grupos se caracterizan por tener una identidad cultural distinta de la mayoría, lo cierto es que las minorías nacionales en general han alcanzado un grado de homogeneidad mayor que las comunidades indígenas. Esto ha ayudado también a que tengan mayor cohesión, facilitándoles la movilización en torno a su identidad. Los pueblos autóctonos, en cambio, son más heterogéneos, como ocurre en el caso *mapuche*, que han intentado unirse con objetivos políticos. Sin embargo, la fragmentación del movimiento, a causa de esta misma diversidad, ha dificultado el impacto de sus movilizaciones y la adopción de una postura representativa de todo el pueblo, frente al Estado. El caso de los gitanos es aquí nuevamente una excepción, pues dicha minoría se caracteriza más por su heterogeneidad que su cohesión.

Junto con lo anterior, cabe mencionar que el mismo hecho de que los dos colectivos se hayan relacionado de modo distinto con la modernización, ha acarreado a una diferencia ideológica significativa. Así, las minorías nacionales han adoptado las ideas democrático-liberales de la sociedad mayoritaria en que están insertas, lo que ciertamente puede permitir que las negociaciones con los Estados respectivos sean más fáciles: se desarrollan dentro de un mismo sistema y en un “mismo idioma”. Los pueblos originarios, en cambio, aún se guían por su tradición, que comporta criterios étnicos y religiosos que –como se ha dicho– les distinguen de la mayoría. En este sentido, se presentan ante el Estado desde una postura estructuralmente distinta, desde otro sistema y en “otro idioma”. Las ideas liberales que sustentan cualquier planteamiento del Estado, no son compartidas por ellos, y así es más difícil lograr acuerdos. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la visión de desarrollo que tiene el pueblo *mapuche*, que se opone drásticamente a la que está detrás de las políticas gubernamentales al respecto, específicamente en relación con los proyectos de inversión basados en la explotación de recursos naturales. La minoría gitana no tiene una cosmovisión distinta, pero sí se organiza en base a criterios de tradición, lo que históricamente ha generado diferencias importantes con el Estado y la población mayoritaria en cuestiones de costumbres y trabajo, por ejemplo.

Finalmente, debemos considerar lo que quizás son las diferencias más relevantes, por su implicancia práctica, pues son aquéllas que se dan en sus demandas. De la ocupación ancestral de la tierra, propia de las comunidades autóctonas, surgen sus reclamaciones por el reconocimiento de sus derechos sobre ella. En esto influye también el lugar esencial que ocupa el territorio dentro de su cultura y como fuente de subsistencia. Son elementos que no están presentes en las minorías nacionales, por lo que éstas no tienen demandas de este tipo ni conflictos en torno a la propiedad del espacio geográfico que habitan. La romaní es una minoría no territorial, por lo que resulta ser el mejor ejemplo de esto. El pueblo *mapuche*, en cambio, mantiene actualmente reclamaciones territoriales como eje central de sus demandas, las cuales tienen sus orígenes en la histórica usurpación de sus tierras por parte del Estado, gatillando un conflicto que no parece tener pronta solución.

Relacionado con esto, está la sutil pero muy determinante diferencia en cuanto al planteamiento autonómico de los pueblos originarios y las minorías nacionales. Para estas últimas, la autonomía consiste en ciertos derechos que pueden exigir por razones históricas –que se les reconozcan privilegios que adquirieron tiempo atrás, como los fueros vascos, por ejemplo– o por la necesidad de mayores espacios de participación en pos del pluralismo cultural de sus sociedades. Sin embargo, para las comunidades indígenas, precisamente por tratarse de grupos no sólo históricos sino ancestrales, anteriores a los Estados, la autonomía es parte esencial de su identidad como tales. Por eso han insistido siempre en que se les reconozcan como *pueblos*, y que por ende se les garantice el ejercicio de su derecho a la autodeterminación. No reclaman privilegios concedidos por otros, sino el reconocimiento de un derecho que les pertenece por el simple hecho de ser pueblos originarios.

Ahora bien, las minorías nacionales, si bien no son reconocidas como pueblos, sí han demandado mayores grados de autonomía basándose en el principio de libre determinación, pero siempre ha quedado claro que se interpreta en su dimensión interna. Las comunidades autóctonas, en cambio, tienen mayores argumentos para que se les considere como pueblos coloniales, lo que podría dar pie a demandas de autodeterminación externa, *i.e.*, independencia. Como se ha podido apreciar a lo largo de

la investigación, paradójicamente los casos que han derivado en secesión o que han creado escenarios en que esa alternativa sea más probable, no han sido los de pueblos indígenas, sino de minorías nacionales. No ha sido el caso estudiado de los romaníes, pero sí se han mencionado algunos en Estados de la ex Unión Soviética, por ejemplo.

Por tanto, en la práctica los pueblos originarios no reclaman independencia, y en la teoría las minorías nacionales no pueden hacerlo. Sin embargo, ambos pretenden mayor autonomía e invocan la autodeterminación con ese fin, generando fuertes reticencias en los Estados, que siguen siendo muy celosos de su soberanía.

Como se ha dicho, los gitanos no se incluyen en este asunto, y es que al parecer se trata de una minoría que sólo se asemeja a los pueblos indígenas en los aspectos negativos, pero no en aquéllos que significan mayores demandas o derechos. Así, por ejemplo, comparten con ellos elementos como la pobreza y la marginalidad, y derivado de esto, su bajo nivel educativo. También la heterogeneidad y poca cohesión. No obstante, no tienen ninguna relación especial y ancestral con su tierra que les permita reclamar derechos sobre ella, y de hecho su condición de minoría no-territorial ha dificultado su reconocimiento jurídico.

En cuanto a este último punto, cabe destacar que, si bien los estándares internacionales exigen que se reconozca una minoría nacional cuando objetivamente exista una, y que la autoidentificación es fundamental para determinar si un grupo es un pueblo indígena, la decisión última con respecto al reconocimiento jurídico de estos grupos recae en cada Estado. De esa manera, su situación varía entre un país y otro, ya que los Estados pueden ignorar estos elementos fácilmente y así negar su existencia, como ocurre precisamente en los dos casos estudiados. Por un lado, en España los gitanos no son reconocidos legalmente como minorías nacionales, aunque las trate de ese modo en sus informes con respecto al cumplimiento del CPMN, y a pesar de que en otros Estados de Europa sí tengan un estatus jurídico específico. Los *mapuche*, por otro lado, están reconocidos como *etnia* en la Ley Indígena chilena, pero no tienen reconocimiento constitucional como *pueblo*. Esto, a diferencia de la corriente que al respecto se ha ido desarrollando en América Latina, y a que es un compromiso que las autoridades chilenas han adquirido con las comunidades nativas gobierno tras gobierno desde 1990.

2. Protección Internacional de los Derechos de Minorías Nacionales y Pueblos Indígenas

Pues bien, las diferencias en las características y definiciones de los pueblos indígenas y las minorías nacionales, han llevado a que la protección internacional de sus derechos también haya tomado caminos distintos, aunque tengan una base similar o compartida. Es decir, los instrumentos de derechos humanos que les protegen de forma general son los mismos, y les reconocen los mismos derechos. Sin embargo, para brindarles una protección más concreta han debido elaborarse instrumentos específicos también, que les reconocen distintos derechos.

En el sistema universal, ambos colectivos pueden beneficiarse de los mismos instrumentos de derechos humanos en general, que les protegen de modo indirecto o les mencionan brevemente. Los más relevantes dentro de esto son la DUDH, la Convención contra el Genocidio y el PIDCP.

Además, la AGNU ha elaborado declaraciones para cada uno por separado, que si bien son significativas y tienen el valor de representar la *opinio iuris generalis* sobre estos asuntos, no son tratados jurídicamente vinculantes ni establecen mecanismos de control de su cumplimiento. Implican, por tanto, una obligatoriedad política y moral para los Estados que las han firmado, pero no jurídica.

Por último, cabe dejar un lugar al Convenio nº 169 de la OIT. No se trata de un instrumento universal propiamente tal, pues tiene pocas ratificaciones en relación con el universo de Estados miembros de Naciones Unidas. Sin embargo, tiene lugar dentro de este ámbito al ser un organismo especializado de la organización, y su papel en la protección de los pueblos indígenas es muy relevante, por cuanto constituye el único tratado internacional jurídicamente vinculante, dedicado específicamente a estos grupos. Las minorías nacionales no cuentan con un acuerdo de este tipo en el sistema universal, y ha sido esencial para garantizar el derecho a la consulta previa de las comunidades originarias.

En el ámbito regional, las minorías nacionales han hecho uso de los instrumentos que se han desarrollado dentro del Sistema Europeo de Derechos Humanos, mientras los pueblos indígenas han hecho lo propio en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ambos casos, cuentan con el respaldo de instrumentos de derechos humanos en general y de otros dedicados a ellos de modo específico, que enfatizan en la protección de su identidad cultural y establecen obligaciones positivas para los Estados al respecto.

Dentro de los primeros, que les sirven principalmente de modo indirecto, las minorías nacionales pueden recurrir a los documentos elaborados por la OSCE –siempre desde un enfoque de la seguridad y sin obligatoriedad jurídica–, a la Carta de Niza de la UE y al CEDH. Este último es el mayor avance que se ha hecho en materia de derechos humanos, y aunque no tiene ninguna disposición dedicada a las minorías nacionales, el TEDH que el tratado creó, ha conocido numerosos casos relativos a ellas.

Lo mismo sucede en el Sistema Interamericano, que cuenta con una CADH que, a pesar de no dedicar ningún artículo a los pueblos indígenas, creó la CIDH y la CorteIDH, mecanismos que han servido para resolver reclamaciones de estas comunidades en la región. Además, las comunidades originarias cuentan con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que viene a ser equivalente a la DUDH a nivel regional. En Europa no hay un documento equivalente, pero lo cierto es que estas declaraciones generales de derechos humanos han sido ampliadas y concretadas en los tratados respectivos ya mencionados, a saber, el PIDCP y la CADH. En este sentido, debe considerarse que, aunque Europa no tenga esa declaración, elaboró el CEDH, que es incluso más avanzado que sus símiles universal y americano.

En cuanto al contenido de los derechos protegidos, puede afirmarse que éste deriva de la misma estructura de instrumentos de protección que tienen ambos grupos. Respecto de la protección universal de minorías nacionales, ésta se basa, como mínimo, en dos derechos esenciales para ellas: el derecho a la existencia y el derecho a la identidad. Ambas, siguiendo el principio de no-discriminación.

El primero de ellos implica la obligación internacional de los Estados de no realizar y de prohibir la realización de cualquier medida contra la subsistencia física de una minoría nacional y, por lo tanto, de toda práctica genocida, como la limpieza étnica. Como se ha señalado, el Derecho Internacional lo asegura principalmente en la Convención

contra el Genocidio, a través de una definición de “existencia” que no es muy amplia pues se limita a considerar su aspecto físico, dejando de lado el cultural.

En este sentido, el “genocidio cultural” no está condenado de manera segura en el Derecho penal internacional de ámbito universal, aunque la cultura de un grupo queda protegida por el artículo 27 del PIDCP en lo que constituye el segundo derecho fundamental dentro de la protección de minorías: el derecho a la identidad. Bajo las condiciones modernas, éste ha pasado a ser un derecho esencial para las minorías y sus miembros, pues establece el derecho a “ser diferente” que les permite desarrollar su identidad y cultura. De acuerdo con esto, los Estados deben eliminar todo obstáculo legal al desarrollo de la identidad cultural de las minorías, estableciendo y manteniendo las condiciones necesarias para ello. Algunas interpretaciones entienden que este derecho también obliga a los Estados a proveer medios para la participación de las minorías en asuntos públicos, sobre todo si son de su interés y se relacionan con el mantenimiento de su cultura. Esto puede significar cierto grado de autogobierno para las minorías, según los casos, por lo que se trata de un derecho asegurado mediante tratado más que por el derecho consuetudinario, y en general los Estados no lo conceden fácilmente.

Finalmente, el principio de no-discriminación ha establecido además otro derecho de las minorías nacionales, que también se concibe en términos individuales: el derecho a no ser discriminado por causa de raza, religión o lengua. Está garantizado por varios tratados, es parte específica de la “ley de Naciones Unidas” y se refleja en el Derecho Internacional consuetudinario, pues muchos Estados lo tienen como un derecho fundamental. De todos modos, debe armonizarse con el derecho a la identidad, que comparativamente ha sido rechazado. Según THORBERRY, este derecho se comprende mejor como un complemento del derecho a la identidad más que como un concepto antagónico que expresa una filosofía distinta: la del Estado homogéneo, ciego ante la diversidad de culturas que hay dentro de él. En este sentido, la no-discriminación no puede considerarse como un sustituto completo al derecho a una identidad, pero ciertamente constituye un paso esencial en la protección de minorías.¹¹²⁷

De manera más específica, se han estudiado los planteamientos que tres autores han hecho con respecto a los derechos concretos que se reconocen a las minorías nacionales en general, derivados de las disposiciones internacionales como nacionales: ROUSSO-LENOIR, LERNER y KLEIN. Aunque los listados de los tres autores difieren en varios aspectos, sí plantean cinco derechos de las minorías comunes, lo que sugiere una aceptación universal de ellos al menos en términos generales. Éstos son, a grandes rasgos:

- i) El derecho a la existencia
- ii) El derecho a la identidad
- iii) El derecho a comunicarse nacional e internacionalmente
- iv) El derecho a establecer y mantener asociaciones e instituciones
- v) El derecho a la representación política

De esa enumeración, los cuatro primeros son derechos que, según la clasificación de RUIZ VIEYTEZ, derivan directamente de los derechos humanos. Por eso, aparecen en los principales instrumentos del Derecho Internacional al respecto, y en general sólo demandan una actitud pasiva del Estado: que no intervenga en su ejercicio.¹¹²⁸ Además, aunque el autor no lo incluye, el derecho a la representación política también

¹¹²⁷ THORBERRY, P., *International law and the rights of minorities*, *op. cit.*, p. 394.

¹¹²⁸ RUIZ VIEYTEZ, E., “El Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales”, *op. cit.*, pp. 516-517.

corresponde a esta categoría, pues el artículo 25 del PIDCP lo garantiza a todos los individuos.

De estos cinco derechos, sólo uno se relaciona directamente con las minorías nacionales: el derecho a proteger y desarrollar la identidad propia. Sin embargo, requiere una definición más concreta, pues si su interpretación se reduce a la libertad de pensamiento, conciencia, y religión, junto con el derecho a la libre expresión, no añade nada nuevo a los derechos humanos universales protegidos en los artículos 18 y 19 del PIDCP.

Por lo anterior es que DEOP MADINABEITIA afirma que “[e]n efecto, los derechos que se reconocen a nivel universal o regional a las minorías o a quienes las integran, son explicitaciones de derechos que se reconocen expresamente a toda persona (p.e. la libertad religiosa) o que disfrutan *de facto* la población mayoritaria (p.e. el derecho a disfrutar la propia cultura).”¹¹²⁹

Al respecto, cabe señalar que PACKER –ex Director de la Oficina del ACMN de la OSCE– atribuye esta situación a que quienes han legislado acerca de los Derechos de minorías han olvidado que son parte de los Derechos humanos, lo que ha llevado a la aparición de varias redundancias normativas.¹¹³⁰ Por eso, como bien afirma RÖNQUIST, “uno debería hablar no de ‘derechos humanos y derechos de minorías’, sino de ‘derechos humanos, *incluyendo* los derechos de personas pertenecientes a minorías”.”¹¹³¹

El derecho a la representación política, si bien se reconoce a todos los individuos, para las minorías es muy relevante por su connotación grupal, que puede darle un significado distinto. Según como se entienda, de él podrían derivar derechos que caben dentro de la tercera categoría de derechos de minorías nacionales que plantea RUIZ VIEYTEZ: la de un derecho colectivo a cierto grado de autogobierno político o administrativo. De todos modos, depende de las circunstancias y de la lectura que de él se haga, y en esto se deja siempre un amplio margen de apreciación a los Estados, los cuales no siempre tienen la mejor voluntad para interpretarlo de modo amplio.

Por lo tanto, a pesar de haber cierto consenso en torno a algunos principios generales, puede afirmarse que la protección universal que actualmente brinda la comunidad internacional a las minorías nacionales muestra deficiencias relevantes, principalmente debido a la naturaleza indirecta de sus normas. En la mayoría de los textos relevantes al respecto no hay mención explícita sobre las minorías, por ejemplo. Es cierto que en la práctica las instituciones legales pueden sobrevivir sin tener necesariamente una definición expresa, pero la facultad de los Estados de negar su existencia sin mayor dificultad, siempre puede ser una desventaja para las minorías.

Lo anterior se debe también a que no se establecen los grupos como titulares de derechos sino solamente los individuos que son sus miembros, algo que obedece a la mirada individualista de los derechos humanos en general. Este enfoque individualista de los derechos de las minorías nacionales muestra cierta falta de conexión con la realidad, pues las amenazas que sufren estos grupos son principalmente de naturaleza colectiva.

¹¹²⁹ DEOP MADINABEITIA, X., *La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*, op. cit., p. 435.

¹¹³⁰ PACKER, J., “On the content of minority rights”, op. cit., p. 147.

¹¹³¹ RÖNQUIST, Anders, “The Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities”, *Helsinki Monitor* vol. 6, nº 1, pp. 38-44, p. 40: “[o]ne should therefore speak not about ‘human rights and minority rights’ but about ‘human rights, *including* rights of persons belonging to minorities”.” Traducción propia.

Por ejemplo, LERNER incluye en su decálogo el derecho a tener personalidad jurídica, pero nada garantiza que se interprete más allá de lo que reconoce el artículo 16 del PIDCP y se le dé una connotación colectiva, como el derecho de un grupo determinado.

En este sentido, puede afirmarse que en el ámbito universal la institución de la protección de minorías –entiéndase por ello las normas dirigidas especialmente a ellas– es hoy menor que la que había en el sistema “clásico”, pues constituye sólo una parte de un sistema mayor y no uno en sí mismo. Dentro de ese sistema mayor, además, la norma más relevante establecida en el artículo 27 del PIDCP es bastante débil y poco específica. A raíz de esto, los Estados gozan de una discreción bastante amplia al momento de escoger el modo de aplicar dicho artículo, lo que relativiza las obligaciones positivas que supuestamente les son impuestas por el Pacto. La Declaración sobre Minorías de 1992, por su parte, además de ser un texto no vinculante, presenta deficiencias en cuanto a la especificidad de los derechos de las minorías y debilidad en relación con la obligación de los Estados de llevar acciones positivas con miras a su protección.

En el ámbito europeo ha habido mayor impulso a la protección efectiva de los derechos de las minorías nacionales. Sin embargo, no se ha logrado dar respuesta a los desafíos que estos grupos plantean en la región. Ciertamente el CPMN y la labor del TEDH al respecto, así como las recomendaciones de la OSCE y los instrumentos elaborados por la UE trascienden lo logrado en el sistema universal: presentan cierto contenido colectivo en algunos de los derechos reconocidos y tienden a establecer obligaciones positivas a los Estados. No obstante, estas facultades se encuentran siempre dentro de lo que constituye el derecho de las minorías a disfrutar de su cultura. Por tanto, no incluyen ciertos atributos relevantes de ellas ni reclamos significativos, como las demandas territoriales o de autogobierno. Éstas últimas tienen un lugar importante dentro de los conflictos europeos más graves relacionados con minorías étnicas o nacionales, para los cuales, por tanto, el marco normativo resulta ineficiente.

Por otra parte, la protección internacional de los pueblos indígenas también se basa principalmente en la interpretación de instrumentos de derechos humanos generales, no elaborados específicamente para ellos. Siguiendo a ANAYA, estas normas pueden clasificarse en cinco categorías: no-discriminación, integridad cultural, tierras y recursos naturales, bienestar social y desarrollo, y autogobierno.¹¹³²

La primera sigue el principio ya consolidado en el Derecho Internacional, de no hacer distinción según atributos personales como raza, sexo o religión, dedicándose aquí específicamente a su carácter indígena. La integridad cultural, por otro lado, protege la diversidad cultural indígena presente en las distintas comunidades. En tercer lugar, se han establecido normas que reconocen los modos indígenas de tenencia de la tierra y sus recursos. El bienestar social y desarrollo pretende poner fin a la desventaja económica en la que generalmente se encuentran los pueblos indígenas. Por último, existen normas referidas a la dimensión política de la autodeterminación, la cual implica la necesidad de establecer ámbitos de autonomía del grupo en cuanto a la regulación social y a su participación política efectiva. Todo esto, siempre dentro de los Estados en que habiten, es decir, sin que el ejercicio de la autodeterminación implique violación de su integridad territorial.

En base a lo anterior, el ex Relator Especial de Naciones Unidas afirma que “el derecho internacional, en el pasado un instrumento del colonialismo, se ha desarrollado

¹¹³² ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., p. 32.

y continúa desarrollándose, a pesar de sus limitaciones e imperfecciones, convirtiéndose en una fuente de apoyo a las reivindicaciones de los pueblos indígenas.”¹¹³³

No obstante, hay quienes destacan más las falencias del sistema en la protección de los grupos más vulnerables, como es el caso de los pueblos indígenas. De hecho, CASTELLINO considera que este sistema era incluso más fuerte antes de la época de Naciones Unidas.¹¹³⁴ Esto, en cuanto a la efectividad del sistema actual, que deja mucho que desear. A juicio de este autor, la erosión de la soberanía estatal que puede apreciarse en el Derecho Internacional en general, no se ha extendido de la misma manera a la protección de pueblos indígenas y minorías nacionales, de quienes no se puede asegurar que estén efectivamente protegidas.¹¹³⁵

Por tanto, es posible afirmar que el sistema universal de protección de pueblos indígenas ha establecido ciertos estándares mínimos para garantizar sus derechos más esenciales, pero no se han desarrollado asuntos más controversiales como demandas territoriales históricas, demarcación de tierras y participación de los pueblos indígenas en las decisiones que afecten sus tierras y recursos. En esto, el sistema interamericano de derechos humanos ha realizado aportes muy valorables.

El SIDH, a través de la labor de sus distintos órganos, ha desarrollado una doctrina jurídica acerca de los derechos indígenas que refuerza los desarrollos que al respecto se han llevado a cabo en el ámbito universal, pero además trascendiendo sus logros en ciertos aspectos muy relevantes.

Cabe destacar el enfoque amplio que ha adoptado en cuanto a la conceptualización de algunos términos como el de “territorio”, así como la interpretación evolutiva que ha seguido de los derechos indígenas. Esto ha llevado a que la doctrina interamericana sobre estos temas se base en una aproximación que relaciona los distintos derechos que se garantizan a estas comunidades, en una visión más global de la problemática, que a la vez da mayor valor a la interpretación de cada derecho por separado: se trata de una argumentación interrelacionada que hace depender el cumplimiento de un derecho del cumplimiento de los otros, dándole así gran peso a cada uno por los efectos prácticos que tienen.

Siguiendo esa postura, el SIDH ha reafirmado los derechos territoriales de los pueblos indígenas principalmente por el valor espiritual que las tierras tienen para sus miembros. Si bien se materializan en el concepto de propiedad –propio de una visión liberal individualista–, adquiere una significación colectiva al derivar de la relación que tiene el hábitat de estas comunidades con su identidad cultural y sus costumbres, y por tanto, con su supervivencia como grupo. Esto, fuera de la importancia que tienen las tierras para los pueblos indígenas en cuanto a su supervivencia física, debido al uso que dan a los recursos naturales que ellas proveen. En este sentido, el derecho a la propiedad sobre la tierra también implica un derecho a la propiedad sobre esos recursos –incluso los del subsuelo–, y se vincula también con el derecho a la vida. En estos derechos

¹¹³³ ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., p. 26.

¹¹³⁴ CASTELLINO, J., “The protection of minorities and indigenous peoples in International law...”, op. cit., p. 393: “despite the creation of sophisticated systems of international human rights law, the regimes for the protection of human rights were stronger before the United Nations (UN) era.”

¹¹³⁵ CASTELLINO, J., “The protection of minorities and indigenous peoples in International law...”, op. cit., p. 421: “The increased State centricism of post-Westphalian regimes suggests that territoriality is likely to be the most definitive of the factors determining the nature of a minority regime. While the United Nations era has seen erosion of the doctrine of State sovereignty, this erosion has not extended to the realm of the protection of indigenous peoples and minorities to the same extent.”

territoriales, además, la CortelDH y la CIDH han desarrollado una doctrina que acepta reclamaciones históricas a pesar de no presentar ocupación actual, yendo más allá de lo logrado a nivel universal. Esto, debido a que han dado primacía a la relación espiritual que pueda mantener con la tierra en cuestión, sin importar si habita en ella o no.

Otro aspecto a destacar es que el SIDH toma en cuenta los aspectos especiales de la cultura de estos grupos étnicos no sólo como un elemento en sí, sino además como un criterio de argumentación. Es decir, no es sólo que deban considerarse sus costumbres como un factor, sino también como un punto de vista para interpretar sus derechos: a partir de esto se entiende que no es necesario ostentar un título de propiedad para tener ese derecho, sino que basta la posesión de la tierra, por ejemplo.

Además, derivado de esta aproximación se ha desarrollado el contenido de los derechos de participación política de los pueblos indígenas, enfatizando en la importancia de los procesos de consulta previa. Como se ha mencionado, este derecho se relaciona directamente con los derechos de participación como con los derechos territoriales, uniéndolos bajo una concepción holística de la protección de estas comunidades.

BERRAONDO ha sintetizado esta doctrina de derechos indígenas interrelacionados de la siguiente manera: “Según los parámetros establecidos por la Corte Interamericana, los derechos territoriales mantienen una estrecha relación con los derechos culturales y espirituales, con el derecho a la vida digna, con el derecho a la integridad física de las personas, con el derecho a la libertad de circulación y residencia, con el derecho a la autodeterminación, con el derecho a la participación efectiva, y con los derechos de consulta y consentimiento previo, libre e informado. Estos derechos territoriales determinados por la Corte se aplican tanto a los pueblos indígenas como a los pueblos tribales, dentro de los cuales la Corte ha reconocido a diversos grupos afro-descendientes. Asociados a los derechos territoriales nos encontramos con la existencia de un derecho de propiedad, con un derecho de titulación y demarcación y con un derecho de restitución, compensación e indemnización.”¹¹³⁶

Finalmente, el SIDH no sólo ha hecho un reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, sino que también ha establecido los deberes que corresponden a los Estados con el fin de garantizar su cumplimiento. Así, por ejemplo, la obligación que tienen de delimitar las tierras indígenas y reconocer su propiedad mediante títulos oficiales, o la de establecer mecanismos efectivos de consulta previa en casos de que un proyecto afecte directamente a una comunidad. Como se ha mencionado, dependiendo de la magnitud de estas actividades industriales o extractivas, a veces el Estado debe incluso contar con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo afectado, aspecto en el cual la jurisprudencia de la CortelDH ha avanzado significativamente más que otras instancias internacionales.

Como se puede observar, por un lado hay varios derechos que comparten minorías nacionales y pueblos indígenas, los cuales derivan de los instrumentos generales de derechos humanos de los cuales se pueden valer tanto en el sistema universal como en los regionales. Por ende, corresponden a aquellos derechos derivados directamente de los derechos humanos:

- i) derecho a la existencia física;
- ii) derecho a la identidad cultural;
- iii) derecho a comunicarse con miembros de su grupo en otros países y a la cooperación transfronteriza;

¹¹³⁶ BERRAONDO, M., “Derechos territoriales...”, *op. cit.*, p. 197.

- iv) derecho a mantener sus propias instituciones;
- v) derecho a la representación y participación política, y
- vi) derecho a no ser discriminados por pertenecer a una minoría nacional o un pueblo indígena, según corresponda.

Además, para garantizar estos derechos, los Estados tienen la obligación de tomar medidas concretas o llevar a cabo acciones positivas, no sólo a mantener una actitud pasiva que únicamente prohíba acciones contrarias a ellos, por ejemplo.

Luego vienen los derechos de autonomía, con la distinción que ya se ha explicado. De hecho, en estricto rigor el Derecho Internacional sólo reconoce a las minorías nacionales el derecho a tener formas de representación política y de participación efectiva en asuntos públicos, especialmente los que les afecten directamente. No es que les reconozca un derecho a la autonomía. Sin embargo, como muchos de estos colectivos han utilizado el principio de la libre determinación para sustentar sus demandas, varios Estados les han concedido cierto grado de autogobierno político o administrativo, incluyendo formas de personalidad jurídica y de decisión política efectiva. Por eso, varios de los autores revisados incluyeron este derecho dentro de los que les corresponden (RUIZ VIEYTEZ, ROUSSO-LENOIR, LERNER y KLEIN).

A diferencia de esto, el Derecho Internacional reconoce a los pueblos indígenas lisa y llanamente su derecho a la autodeterminación, por el hecho de ser *pueblos*. Hemos visto que las diferencias entre estos últimos y las minorías indígenas son muy tenues, y es difícil encontrar elementos que les distingan: probablemente es la conexión con un territorio el único de los que incluyó el Grupo de Expertos de la UNESCO en 1989 para determinar lo que era un pueblo, pero que no comparten necesariamente las minorías nacionales. De todos modos, aunque haya minorías no territoriales, lo cierto es que frecuentemente éstas sí tienen relación con un espacio geográfico determinado. Por eso, aunque en estricto rigor no sean *pueblos*, las minorías nacionales han recurrido al principio de libre determinación para reclamar mayores grados de autonomía. Ahora bien, mientras *algunas* minorías nacionales han ganado ciertos derechos de autonomía y autogobierno, el de autodeterminación es propio de las comunidades originarias por el hecho de ser *pueblos*, y lo reconoce el Derecho Internacional a *todos* los pueblos indígenas, no sólo a *algunos*, según lo que les concedan sus Estados de asentamiento.

Por lo tanto, puede decirse que “los pueblos indígenas tienen todos los derechos que tienen las minorías, pero además pueden tener el derecho a la autodeterminación con todos sus problemas de interpretación y aplicación.”¹¹³⁷ En este sentido –y considerando que el ser *indígena* implica su prioridad temporal–, parece legítimo preguntarse si acaso el hecho de ser en la práctica pueblos coloniales, les da derecho a la secesión. Es sabido que el Derecho Internacional establece la integridad territorial y la unidad nacional del Estado como principales limitaciones al ejercicio de la libre determinación. Por tanto, si las comunidades indígenas en general no pretenden la independencia en la práctica, parece ser que la razón de la reticencia de los Estados a reconocerles este derecho es por sus posibles implicancias en este sentido: que en teoría pudiera abrir la puerta hacia una autodeterminación externa. En la actualidad el Derecho Internacional no reconoce este derecho a los pueblos originarios –en todos los instrumentos en que garantiza su derecho a la autodeterminación, establece la cláusula

¹¹³⁷ CASTELLINO, J., “The protection of minorities...”, *op. cit.*, p. 396: “indigenous peoples have all the rights that minorities have, but may in addition also have the right to self-determination with all its attendant problems of interpretation and application.” Traducción propia.

sobre la integridad territorial del Estado—, pero quizás puedan temer dar un paso que conduzca hacia otra dirección. Este temor, de todos modos, ha ido disminuyendo con el tiempo, pero Chile sigue siendo muy reacio a reconocer este derecho a sus pueblos indígenas y a darles mayor grado de autonomía y espacios de participación, lo que ha evidenciado el estudio del caso *mapuche* en este país.

Además, de ese derecho han surgido otros que son propios de ellos por sus características esenciales, y que por ende no se les reconocen a las minorías nacionales. Dentro de éstos destacan especialmente sus derechos territoriales, derivados de su relación ancestral con las tierras que habitan o que pretenden habitar y, como se ha dicho, de su derecho a la autodeterminación. Éste implica el derecho a la propiedad colectiva que tienen los pueblos indígenas sobre los territorios que ocupan o han ocupado ancestralmente, entendidos éstos en un sentido amplio que incluye los recursos hídricos y del subsuelo, así como los lugares de especial valor religioso o simbólico, entre otros. De esta manera, el Derecho Internacional ha determinado que si las comunidades nativas no tienen jurídicamente la propiedad de sus tierras, éstas deben ser restituidas; en caso de ser esto imposible, debe ofrecérseles unas de igual calidad. Los derechos territoriales han sido reconocidos ampliamente en instrumentos universales —la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos Indígenas y el Convenio nº 169 de la OIT— y regionales —CIDH, CorteIDH y Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas—.

De los derechos territoriales, el derecho a la participación política y el de la autodeterminación, deriva también el derecho que tienen los pueblos indígenas a la consulta previa. El Estado está obligado a realizar este procedimiento de buena fe, cada vez que una medida política o administrativa afecte directamente a una comunidad autóctona, y considerando las instituciones y los mecanismos de toma de decisiones que éstas tienen. Si bien no se exige que los resultados de esta consulta sean vinculantes sino sólo que se consideren, el Derecho Internacional ciertamente se encamina en esa dirección. Los instrumentos que reconocen este derecho son el Convenio nº 169 de la OIT y el SIDH, especialmente a través de las sentencias dictadas por la CorteIDH en varios casos de demandas indígenas.

Por otra parte, el sistema jurídico internacional también ha reconocido el derecho que tienen los pueblos indígenas a la autoidentificación, es decir, a definirse ellos mismos como tales. Así se ha establecido, por ejemplo, en el Convenio nº 169 de la OIT y en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. No hay instrumentos que reconozcan este derecho como propio de las minorías nacionales, y son siempre los Estados los que determinan qué colectivos dentro de sus fronteras constituyen este tipo de grupo.

Finalmente, cabe destacar que el Derecho Internacional ha reconocido una dimensión colectiva en ciertos derechos de los pueblos originarios, como en los territoriales. Mientras todos los instrumentos de protección de minorías nacionales obedecen a una mirada individualista de los derechos humanos y se refieren siempre a las garantías de sus *miembros* y no del colectivo en sí, la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos Indígenas, la Comisión y la CorteIDH han reconocido la dimensión colectiva de algunos derechos indígenas.

En cuanto a la aplicación de todos esos derechos enunciados, hay falencias significativas en la efectividad del sistema actual para ambos grupos, principalmente porque deja un margen de apreciación bastante amplio al Estado. Así, los instrumentos que protegen a minorías nacionales y a pueblos indígenas comparten el siguiente aspecto:

varios de ellos reconocen derechos muy significativos y desde una interpretación bastante avanzada, pero son instrumentos *soft law* –declaraciones, resoluciones– cuyos efectos se miden más por la presión política y/o moral que puedan tener sobre los Estados, pero que no son jurídicamente vinculantes ni establecen mecanismos de control de su cumplimiento.

Por otro lado, si bien se han elaborado también tratados vinculantes dedicados a ellos en específico, éstos se caracterizan por un tono programático y, en virtud de eso, establecen disposiciones vagas o ambiguas, permitiendo que los Estados las interpreten de distintas maneras. Un claro ejemplo de esto es el hecho de que los instrumentos no definan lo que entienden por minorías nacionales ni pueblos indígenas, cuando son los sujetos de los derechos que enuncian y, por tanto, aquéllos sobre los que se van a aplicar. De esa manera, es el Estado el que decide a qué grupos aplica los acuerdos que ratifica al respecto, y el tipo de políticas mediante las que lo hace.

Lo anterior puede verificarse claramente en los dos casos que se han estudiado en esta investigación. Por ejemplo, se ha advertido que la Ley Indígena en Chile califica a sus comunidades originarias como *etnias* y no como *pueblos* indígenas. Los gitanos, por su parte, tampoco son reconocidos jurídicamente como minorías nacionales, lo que resulta bastante contradictorio si lo comparamos con los informes que España envía al Comité Asesor del CPMN para dar cuenta de su cumplimiento: en ellos deja claro que el principal grupo que cabe dentro de esta categoría es precisamente el de los gitanos.

3. La Protección de la Minoría Romaní en Europa y de los Gitanos en España

En términos generales, la legislación que se ha desarrollado en las denominadas tres esferas geo-jurídicas de Europa, ha logrado producir un proceso crecientemente osmótico entre el Derecho Internacional y las leyes nacionales de los Estados miembros, reforzando mutuamente las garantías pertenecientes a cada dimensión.¹¹³⁸ Esta interacción, sin embargo, no ha significado necesariamente una redefinición de las categorías jurídicas con las que se identifican y clasifican las minorías en Europa. Por lo tanto, los romaníes aún pueden beneficiarse sólo parcialmente de las garantías más fuertes que derivan de estos procesos, debido principalmente a su carácter no-territorial.

Con respecto a este colectivo, se ha podido apreciar que la situación en la que viven en Europa tiene raíces históricas de larga data y se trata de un problema que aqueja a toda la comunidad romaní repartida por el continente. Es cierto que se trata de una minoría muy heterogénea, con características particulares en cada Estado, pero si hay un factor que tienen todos los grupos romaníes europeos en común es la discriminación de la que son víctimas y la precariedad de sus condiciones de vida. Según lo que se ha analizado, ambos son elementos que están íntimamente relacionados.

Para dar solución a lo anterior, se han adoptado distintas políticas desde las diversas organizaciones europeas. Sin embargo, muchos de los instrumentos al respecto

¹¹³⁸ PALERMO, Francesco, “Internazionalizzazione del diritto costituzionale e costituzionalizzazione del diritto internazionale delle differenze”, *EDAP* 02/2009. Disponible en www.eurac.edu/en/research/autonomies/minrig/publications/Documents/EDAP/2009_edap02.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

se inscriben dentro de lo que es el *soft law*, que si bien tiene importancia en cuanto a la creación de un estado de opinión y a la presión política que se pone a los Estados para tomar medidas, no constituyen maneras de obligar a éstos a hacerlo o de sancionarlos efectivamente si violan algún principio o norma.

Es cierto que también hay instrumentos jurídicamente vinculantes que se pueden utilizar para garantizar los derechos de las minorías, pero en general la mayoría ha seguido un enfoque basado en la protección de los Derechos humanos, el cual se ha mostrado ineficaz para el propósito perseguido. Esto, debido a su carácter marcadamente individualista –que evita afirmar la existencia de derechos colectivos, tan importantes para las minorías en general y los romaníes en particular–, así como a su énfasis casi exclusivo en el principio de no-discriminación, que resulta insuficiente para garantizar la protección de los derechos de las minorías étnicas y nacionales. Hay acuerdo general en la literatura especializada, acerca de la necesidad del reconocimiento de derechos particulares y específicos para la integración de estos grupos en las sociedades en las que están insertos.

En cambio, los instrumentos europeos útiles para la protección de minorías nacionales en general y romaníes en particular, no se han dedicado a establecer los contenidos concretos de los derechos que deben reconocérseles a este colectivo, argumentando que su diversidad hace preferible que se fijen en cada Estado de acuerdo con sus características particulares y situación específica.

Lo mismo sucede con el estatus legal que corresponde a los romaníes: las organizaciones internacionales europeas no han dejado claro ningún criterio de reconocimiento jurídico del grupo, dejándolo también a criterio de cada Estado a través de la libertad que tienen para determinar si existen minorías dentro de sus fronteras y cuáles son. Así, los romaníes han quedado en una suerte de “limbo legal”, sujetos al arbitrio de los Estados. Esto implica que, mientras la literatura especializada afirme que constituyen una minoría transnacional o paneuropea, los tipos de reconocimiento jurídico varíen considerablemente entre los distintos países.

Si bien lo anterior puede tener argumentos razonables y ser beneficioso en algunos aspectos –principalmente debido a la heterogeneidad propia del grupo en cuestión–, este amplio margen de apreciación que se deja a los Estados –propio de una legislación que fundamentalmente cabe dentro del *soft law*– también pone en peligro la protección de los derechos de los romaníes. Esto, porque resulta muy fácil no reconocerlos como minoría y excluirlos de la protección que se les debe y que muchas veces sí se brinda a otros colectivos. Es cierto que en la mayoría de los países europeos los romaníes son reconocidos como ciudadanos, y que en base a eso deberían tener los mismos derechos que el resto de la población. No obstante, hemos visto que este solo reconocimiento no es suficiente, pues la aplicación de las normas muchas veces es bastante restrictiva, y depende también de los distintos criterios para definir a quiénes corresponde la protección de minorías.

Así es como se relativiza el reconocimiento que algunos Estados hacen de los romaníes en sus Constituciones, pues aunque la mención ciertamente es relevante, se les define como “grupo”, “comunidad” o “pueblo”, dejando el concepto de “minoría nacional” para otros documentos menos importantes. Por otro lado, otros Estados que los reconocen como minoría nacional hacen la distinción entre ciudadanos y no-ciudadanos a la hora de aplicar los instrumentos de protección de sus derechos. Finalmente, un número no menor de Estados simplemente no reconoce a los romaníes a

nivel jurídico, ya sea porque no reconocen a ninguna minoría dentro de sus territorios o porque excluyen a los romaníes de la protección que sí brindan a otros grupos. El caso es que puede observarse una cierta reticencia al reconocimiento jurídico de este colectivo en los Estados europeos, el cual generalmente encuentra dificultades para llevarse a cabo. De hecho, hemos visto que el Consejo de Europa manifestó su preocupación por el estatus legal de la minoría romaní a través de una recomendación de la Asamblea Parlamentaria, pero nuevamente se trata de un instrumento *soft law* que en la organización no ha avanzado más hacia una norma obligatoria para los Estados.

Es esto lo que ocurre precisamente en España, donde, después de una historia de represión y persecución jurídica que dio cuerpo a una política normativa basada en el abandono forzado del nomadismo y la renuncia a la lengua y la cultura gitanas con el objeto de su asimilación cultural, se ha logrado el reconocimiento oficial de su igualdad jurídica en la Constitución. Es decir, el cumplimiento –al menos en el papel– del principio de no-discriminación. Sin embargo, en esa misma Constitución no hay ninguna mención a las minorías nacionales ni se reconoce a los gitanos como tal. Incluso en cuanto al CMPMN, el Estado ha manifestado que si bien los gitanos son el único grupo al cual se puede aplicar, no se les reconoce como minoría nacional, lo que resulta paradójico e incomprensible: ¿por qué, si no son una minoría nacional, se les debe aplicar un instrumento de protección de minorías nacionales? Por otro lado, no reconoce el idioma romaní como lengua minoritaria bajo la CELRM, excluyéndola de su protección destacando que es una “lengua no territorial” –se aprecia el elemento westfaliano al que hacíamos referencia– y argumentando que la hablan muy pocos gitanos españoles. Lo que resulta muy peculiar en el caso español, es que sí incluye las lenguas autonómicas dentro de ellas, pero no incluye a las minorías autonómicas bajo la protección del CMPMN.

En cuanto a la legislación que se ha dado en las Comunidades Autónomas de España, es relevante mencionar que, como a nivel europeo, la mayor parte de ella constituyen instrumentos *soft law*, como proposiciones no de ley, mociones y declaraciones institucionales. En ellas puede verse una gran preocupación por la situación socioeconómica de los gitanos, haciendo hincapié en aspectos como la educación, la salud y la vivienda. También hay llamadas a fomentar su integración en la sociedad y a promover la cultura, condenando las muestras de racismo a intolerancia. Son destacables los documentos en los que se reconoce la importancia de la minoría romaní en la sociedad que pueden encontrarse en Andalucía, Cataluña, Castilla y León, La Rioja y Navarra, aunque insistimos en que se trata siempre de instrumentos *soft law*. Menciones en los estatutos autonómicos pueden encontrarse en Andalucía, en Castilla y León y en Cataluña: determinando la plena incorporación social de la comunidad gitana dentro de sus objetivos básicos, en la primera; dándole atención especial dentro de la no-discriminación como principio rector en la segunda, y estableciendo el deber de garantizar el reconocimiento del pueblo gitano en la última.

Por lo tanto, podemos decir que el caso de España es en cierta medida un reflejo de lo que ocurre en Europa en general. Hay efectivamente un mayor reconocimiento político de la minoría romaní, y ciertamente se muestra una preocupación por sus condiciones de vida y la discriminación de la que son víctimas en términos sociales, lo que se ha materializado en la adopción de estrategias de integración a nivel europeo y nacional. Sin embargo, esto no se ha visto acompañado de un reconocimiento a nivel jurídico, aspecto fundamental para asegurar la protección de sus derechos. Dado que son esferas interdependientes, puede afirmarse que la ineficacia de las medidas y aproximaciones que se han tomado para abordar el problema de la precariedad en las

condiciones de vida de los romaníes, se debe precisamente a esta omisión, pues la exclusión jurídica influye directamente en la exclusión social que sufren los romaníes. En primer lugar, porque tiene efectos en la percepción que la población se forme del grupo, el cual en la actualidad sigue fundado en prejuicios y estereotipos negativos. Por otra parte, es muy importante para el acceso a ciertas prestaciones sociales esenciales para mejorar sus condiciones de vida. Finalmente, implica el reconocimiento de derechos culturales y de participación que también son significativos para la preservación de su identidad.

Además de preocupante, esta situación resulta totalmente paradójica, pues sorprende ver que la romaní sea la minoría más numerosa en Europa, la más desfavorecida y la más discriminada, y que sea la menos reconocida formalmente. Claramente su precariedad constituye un problema europeo, pero la solución a ella se ha derivado a nivel nacional, donde es evidente que falta voluntad política para encontrarla. Se ha dicho ya que debido a sus características no debería haber temores frente a su reconocimiento jurídico o al reconocimiento de una dimensión colectiva de sus derechos –no se trata de una minoría con ambiciones independentistas, por ejemplo–, por lo que no se entiende la reticencia de las autoridades estatales para avanzar en este ámbito.

Fuera de la falta de voluntad política, una razón estructural que explica la debilidad del estatus legal de los romaníes en Europa es el tipo de sociedad internacional en la que vivimos actualmente. Como se ha estudiado en el primer capítulo, el sistema westfaliano en el cual se inserta el Derecho Internacional contemporáneo tiene como uno de sus elementos centrales el territorio, ya sea para la definición del Estado como para la de las minorías nacionales. Así, por ejemplo, en base a eso sólo son reconocidos dos tipos de minorías: las autóctonas o históricas, y las nuevas minorías que se han formado a partir de las migraciones. Grupos que no se relacionan con el territorio, entonces, a pesar de tener una cultura y una historia en común, no caben en ninguna de estas categorías, y de esa manera pueden quedar fuera de la protección internacional de las minorías, ya que teóricamente no constituyen una. Es el caso de los romaníes, que así caen en el “limbo jurídico” que ya se ha mencionado, considerando que en todos los instrumentos que se han creado en las tres esferas geo-jurídicas de Europa, no ha habido una redefinición de estas categorías.

4. La Protección del Pueblo Mapuche en Chile

Por otro lado, para tratar los derechos indígenas se ha estudiado el caso del pueblo *mapuche* en Chile. Al respecto, se ha podido observar que el marco jurídico referente a las comunidades indígenas en el país es bastante pobre e ineficiente, y no responde a las necesidades y demandas del pueblo *mapuche*. La Ley Indígena es deficiente y su participación y derecho a consulta están regulados por una normativa sobre medio ambiente, no una dedicada especialmente a estos colectivos, que evidentemente requieren distintos modos de participación que la ciudadanía en general.

Enfrentados a este panorama, los pueblos originarios en Chile han debido dirigirse a las normas y los estándares que establece el Derecho Internacional de los derechos humanos para estos asuntos. Esto, considerando que el artículo 5 de la Constitución establece que los derechos fundamentales son un límite al ejercicio de la soberanía, y que

los órganos estatales tienen el deber de promoverlos y protegerlos. Tras la ratificación de los tratados internacionales más relevantes de derechos humanos y, tras largos años, recién el 2008 aprobó el Convenio nº 169 de la OIT. Según CONTESSE, el desafío que existe ahora radica en la aplicación de estos estándares internacionales, pero lo relevante de esto es que ahora los pueblos indígenas pueden reclamar por su reconocimiento basados en normas jurídicas, no sólo en acuerdos políticos. En este sentido, cabe destacar que su confianza en el valor de la ley como un mecanismo de cambio social sigue siendo la misma, pero como el derecho nacional no les ha ofrecido posibilidades para eso, han debido dirigirse al derecho internacional. De ese modo, no sólo han ganado reconocimiento en la comunidad internacional, sino también se han podido preparar para desafiar las estructuras legales utilizando herramientas jurídicas.¹¹³⁹

Al mismo tiempo, la falta de voluntad política de las autoridades gubernamentales y la ineficiencia de los canales oficiales y democráticos para plantear sus reclamos, ha llevado a una validación de la violencia como medio de lucha en prácticamente todo el movimiento *mapuche*.¹¹⁴⁰ Esto, toda vez que “las irrupciones de los nuevos movimientos sociales se verifican, por lo general, como reacción a situaciones en las que, de manera más o menos persistente, las estructuras estatales han mostrado insensibilidad hacia las demandas de estos sectores. Dicho en una palabra, la intervención de estos grupos –sea cual sea– siempre ha sido contingente y, además, provocada por la ausencia de diálogo con el Estado o, derechamente, la sordera de éste.”¹¹⁴¹ Esto ha acarreado una radicalización de la protesta y una respuesta muy represiva por parte del Estado, llevando a una escalada de violencia en el conflicto.

Esa falta de voluntad política se manifiesta claramente en el hecho de que, tras seis gobiernos democráticos, los pueblos indígenas en Chile aún no tengan siquiera una mención en la Constitución. Consideramos que el factor que ha impedido este reconocimiento, especialmente para el caso del pueblo *mapuche*, radica en la importancia del territorio para ambos sectores, aunque sea entendido desde perspectivas no sólo distintas sino además contrapuestas. Esto ha llevado a una incompatibilidad prácticamente sin solución, pues mientras los indígenas necesitan el territorio para sobrevivir física y culturalmente, el desarrollo que persigue el Estado lo requiere para explotarlo. Esta contradicción no ha sido bien canalizada y de esa manera se ha terminado expresando en un violento enfrentamiento entre el movimiento *mapuche* y las empresas hidroeléctricas y forestales.

Varios sectores apuestan por una solución al conflicto a través de la educación y el desarrollo. Sin embargo, este desarrollo se ha buscado con políticas incompatibles con la cultura *mapuche*, incluso con su existencia como pueblo. Por otra parte, la educación de los *mapuche* ha ayudado a su toma de conciencia y de ese modo se observa esta “emergencia indígena” a la que nos hemos referido antes. Desde 1991 se ha venido aplicando un programa de becas de estudios que ha llevado a la consolidación de una “juventud indígena ilustrada”, la cual ha recibido tanto las enseñanzas tradicionales de su comunidad en su niñez, como la educación occidental moderna. A la vez, se han llevado a

¹¹³⁹ CONTESSE, J., “Indigenous peoples in Chile...”, *op. cit.*, pp. 38-39.

¹¹⁴⁰ De hecho, en su discurso “no hay un interés por demostrar que no son violentistas o terroristas como les acusa el gobierno; su objetivo es visibilizarse como un actor que está presente, y que conoce que tarde o temprano se tendrá que negociar una salida política dada la organización de que disponen y la legitimidad de sus demandas.” ARAYA, J., *El reconocimiento del pueblo mapuche...*, *op. cit.*, pp. 102-103.

¹¹⁴¹ CONTESSE, J., “La rebelde democracia...”, *op. cit.*, p. 244.

cabo grandes planes de subsidios habitacionales y de electrificación rural, lo que ha mejorado las condiciones materiales de las comunidades en estos ámbitos. No obstante, un mayor desarrollo no significa necesariamente que haya menor reivindicación étnica; de hecho, en las últimas décadas ha ocurrido lo contrario: los jóvenes *mapuche* ilustrados no se han asimilado a la cultura occidental, sino que han utilizado los conocimientos adquiridos mediante su educación para expresar mejor sus reivindicaciones étnicas.¹¹⁴²

Como bien apunta CANIUQUEO, “aún no se entiende el trasfondo de la problemática. No es un problema de pobreza o de educación, no se trata de movilidad social, sino de 120 años de expoliación económica y el nulo reconocimiento de derechos colectivos.”¹¹⁴³

En este sentido, el único camino que podría llevar a una solución del conflicto parece ser la apertura real al diálogo y la disposición del Estado a hacer las modificaciones necesarias en sus políticas de desarrollo y el marco jurídico que lo regule, con el fin de hacerlo compatible con el ejercicio de los derechos indígenas. Esto, porque claramente es la defensa de ese modelo económico basado en la extracción de recursos naturales lo que ha impedido que éstos se respeten cabalmente y de acuerdo con los estándares internacionales. Las políticas gubernamentales en Chile han estado determinadas en buena medida por los intereses económicos, lo que ha condicionado una postura intransigente del Estado hacia las demandas indígenas. Evidentemente, el reconocimiento constitucional del pueblo *mapuche* debería traer la devolución de sus territorios ancestrales y la garantía de sus derechos sobre ellos y sus recursos; de ese modo, no podría desarrollarse un modelo económico fundado en grandes proyectos para su extracción y explotación.

ROJAS y MIRANDA creen “improbable que una continuidad en las mismas estrategias represivas del gobierno abra caminos de paz y diálogo. (...) la contienda ya no se remite hoy a La Araucanía y Arauco, sino que también se propaga por regiones del sur donde nuevos proyectos energético-extractivos amenazan al territorio mapuche, y los marcos y los repertorios de acción colectiva se radicalizan incluso entre las organizaciones más moderadas y dialogantes. (...) el gobierno insiste hoy en dar una respuesta policial y economicista (asumiendo que el problema se trata meramente de delincuencia y pobreza) a un conflicto que el movimiento mapuche entiende como eminentemente político.”¹¹⁴⁴ Lo único que se ha logrado de esta manera es pavimentar el camino a la radicalización de las partes y el descontrol de la violencia.

En sintonía con lo anterior, cabe rescatar las propuestas de Isabel HERNÁNDEZ en cuanto a las políticas públicas que Chile (y también Argentina) deberían seguir con ese fin. Según la autora, éstas deberían orientarse a conseguir: i) la admisión jurídica de la organización de las unidades territoriales *mapuche*; ii) el ejercicio de la autodeterminación política de las comunidades; iii) su autogestión la producción, el medio-ambiente, la salud, la educación y la cultura; iv) la articulación de estos procesos con acciones públicas locales, y v) proveer instancias de coordinación local para garantizar la efectividad de estos mecanismos.¹¹⁴⁵

¹¹⁴² BENGOA, J., “Los mapuches: historia, cultura y conflicto”, *op. cit.*, pp. 100-103.

¹¹⁴³ CANIUQUEO, S., “Siglo XX en *Gulumapu...*”, *op. cit.*, pp. 169-170.

¹¹⁴⁴ ROJAS, N. y O. MIRANDA, “Dinámica sociopolítica del conflicto...”, *op. cit.*, p. 58.

¹¹⁴⁵ La autora apuesta por lo que ella denomina “ciudadanía ampliada” –en cuanto a derechos simbólicos– y específica –respeto por la particularidad de esos derechos– para el pueblo *mapuche*. De lo contrario, plantea que los *mapuche* continuarán ejerciendo una “ciudadanía incompleta”.

Todos esos objetivos obedecen a los estándares que en Derecho Internacional se han establecido con respecto a los derechos indígenas, principalmente mediante tratados que Chile ha ratificado. Esto mismo demuestra que el problema es la falta de voluntad política para solucionar verdaderamente este conflicto, pues esto requiere el reconocimiento de derechos de los pueblos originarios, que afectan directamente los intereses económicos de algunos grupos. El problema no es que Chile no quiera ser parte del desarrollo del Derecho Internacional de los pueblos indígenas, pues efectivamente lo es. El gran desafío que aún está pendiente en Chile es “la real implementación de los convenios firmados y la modificación del sistema constitucional chileno.”¹¹⁴⁶ Y esa aplicación práctica es la que requiere la voluntad real de las autoridades para llevarla a cabo.

Un ejemplo concreto es el que se observa en la investigación del Consorcio Norte-Sur sobre distintos casos de pisciculturas en La Araucanía, que demuestra cómo, aunque se haya ratificado el Convenio nº 169 de la OIT, el derecho a la consulta previa de las comunidades *mapuche* de la zona no se ejerce satisfactoriamente según lo que obliga dicho acuerdo, básicamente por falta de voluntad, pues las consultas se realizan como una mera formalidad. Ante esto, los autores recomiendan que el Estado: i) regule el derecho de consulta previa, según los estándares internacionales: esto implica derogar el Decreto Supremo 124; ii) realice las consultas antes de tener un borrador de la regulación, para que los pueblos indígenas puedan influir en las decisiones que se tomen al respecto; iii) regule clara y precisamente las actividades del sector privado al respecto, respetando los estándares internacionales, iv) establezca mecanismos eficaces de fiscalización de la aplicación del Convenio nº 169, acordados con los pueblos interesados, y v) capacite a los funcionarios del Servicio de Evaluación Ambiental en materia de derechos indígenas.¹¹⁴⁷

Como se puede ver, gran parte de esas medidas obedecen no sólo a las obligaciones que tiene el Estado con la comunidad internacional, derivadas de los tratados que ha ratificado. Además, son la ejecución de sus obligaciones con el propio pueblo *mapuche*, a raíz de los compromisos adquiridos hace casi treinta años en el Acuerdo de Nueva Imperial. Se ha señalado que el no cumplimiento de esas promesas ha significado una gran decepción en el movimiento indígena y el origen de la intensificación del conflicto. Por esta razón, podría buscarse una solución a éste “en la medida en que se reestablezcan las condiciones que nuevamente hagan viable la política de reconocimiento étnico instaurada por los gobiernos de la Concertación, y que se incorporen nuevas demandas y las organizaciones indígenas surgidas posteriormente o excluidas de dicha política.”¹¹⁴⁸ Es decir, mientras se vuelva a impulsar un diálogo genuino, participativo y de buena fe.

HERNÁNDEZ, I., *Autonomía o ciudadanía incompleta...*, op. cit., pp. 276 y ss. Por su parte, en *El reconocimiento del pueblo mapuche...*, op. cit., ARAYA propone una “ciudadanía intercultural” con mayor reconocimiento constitucional y menor dependencia de la nacionalidad y el territorio (el artículo 10 de la Constitución establece que “son chilenos los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentran en Chile” y la primera condición para adquirir la ciudadanía es tener la nacionalidad chilena). Esta propuesta implica un cambio en el *status* legal de los pueblos originarios y el cumplimiento de un *status* moral en el que las sociedades chilena y *mapuche* se comprometan a compartir su riqueza cultural y construir una sociedad más pluralista.

¹¹⁴⁶ ARAYA, J., *El reconocimiento del pueblo mapuche...*, op. cit., p. 374.

¹¹⁴⁷ SANHUEZA, C. et al., *No nos toman en cuenta...*, op. cit., pp. 15-16 y 182.

¹¹⁴⁸ VERGARA, J.I., H. GUNDERMANN y R. FOERSTER, “Legalidad y legitimidad...”, op. cit., p. 335.

5. Reflexiones Finales

Volviendo a la protección efectiva de los derechos reconocidos a minorías nacionales y pueblos indígenas, cabe destacar el rol que han tenido los tribunales regionales de derechos humanos en el establecimiento de estándares internacionales de protección de grupos étnicos. Nos referimos al TEDH para casos de minorías nacionales, y especialmente a la CortelDH con respecto a las comunidades originarias. Sin embargo, debe recordarse también que ambos interpretan principalmente las disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos en general –a saber, la CEDH y la CADH–, pero no alguna normativa específica dedicada a estos grupos. De hecho, ninguna de las dos convenciones mencionadas contempla artículos especiales referidos a ellos, y en este sentido la labor de estos tribunales es más encomiable aun. No obstante, esto demuestra también que la protección efectiva de minorías nacionales y pueblos indígenas depende en buena medida del criterio de los jueces que los componen, pero no de la garantía de las disposiciones de los tratados internacionales. En general, este criterio ha sido favorable a estos colectivos, como bien demuestran los derechos indígenas que ha reconocido la CortelDH. Sin embargo, es algo relativo, lo que puede verse en la línea que ha seguido el Tribunal de Estrasburgo con respecto a los romaníes, que no siempre ha sido muy proclive a sus modos de vida semi-nómadas, por ejemplo.

La importancia de estos tribunales también es prueba de que la efectividad del ejercicio de los derechos de estos grupos étnicos está garantizada más por instrumentos regionales que universales. En este sentido, cabe recordar la importancia que las convenciones mencionadas dan a este aspecto, especialmente el CEDH, que enfatiza su objetivo de proteger derechos reales y efectivos, no sólo teóricos.

En general, creemos que el amplio margen que se deja al Estado para interpretar las disposiciones internacionales sobre estos grupos étnicos, y para aplicarlas mediante políticas y medidas nacionales, se debe esencialmente a que la erosión de la soberanía estatal que hay en el Derecho Internacional en general, no se ha extendido de la misma manera a la protección de pueblos indígenas y minorías nacionales.

Detrás de esto hay un celo estatal por proteger esa idea decimonónica de la unidad nacional, basada en la homogeneidad cultural de la población de un Estado. Ésta pone trabas al reconocimiento de distintas culturas dentro de un país; mejor dicho, al reconocimiento de distintas *naciones*. Un claro ejemplo de esto es la Ley Indígena chilena, que en su artículo nº 1 afirma que el valor que las *etnias* indígenas tienen para el Estado radica en que son “parte esencial de las raíces de la Nación chilena”. Según CONTESSE, esto hace que la provisión sea muy compleja, pues por un lado los niega como pueblos –al definirlos como *etnias*–, pero por otro basa la nacionalidad chilena en estos colectivos precoloniales.¹¹⁴⁹ A nuestro juicio, más que complejo, resulta ser un artículo muy anacrónico, pues pertenece precisamente a la visión que estaba en el discurso de inclusión en el proceso de formación del Estado-nación chileno a comienzos del siglo XIX: se pretende incorporar al indígena valorando su cultura, pero siempre dentro de la nación chilena, que es una sola. Se trata de una perspectiva añeja, basada en la concepción moderna del Estado-nación, que no es compatible con los Estados multiculturales y plurinacionales que conforman la actual comunidad internacional.

¹¹⁴⁹ CONTESSE, J., “Indigenous peoples in Chile...”, *op. cit.*, p. 27.

También en el trato del pueblo gitano por parte de España puede apreciarse esta idea trasnochada de lo que es el Estado, aunque en esta ocasión se refiere a *pueblos* en lugar de *naciones*. Probablemente, por la carga territorial de los primeros, y considerando que el sistema de autonomías ha sido la respuesta a la diversidad de naciones. Pues bien, como se destacó en el segundo capítulo, en las respuestas que dio España a los comentarios del Comité Asesor, donde aclara que si bien hay diferencias culturales y sociológicas en las distintas comunidades autónomas, sus poblaciones en conjunto conforman un único pueblo español, que es el sujeto de la soberanía.

Esta visión moderna de las relaciones internacionales y del Estado dificulta a este último la cesión de atribuciones, y esto ocurre de modo especial cuando se trata de asuntos que involucran la administración de un territorio.¹¹⁵⁰ Básicamente, es el fantasma de la secesión el que ronda a los Estados que deben enfrentarse a grupos étnicos culturalmente distintos a la mayoría de su población, que demandan mayor participación y control de los asuntos que les afectan. Esto, particularmente cuando está en juego el tan codiciado *territorio*.

De hecho, consideramos que el territorio es un elemento central que determina la diferencia que se da en la situación que tienen minorías nacionales y pueblos indígenas a nivel internacional y a nivel nacional dentro de sus Estados. Por un lado, hemos visto que el Derecho Internacional reconoce a las comunidades originarias más derechos que a las minorías nacionales, pues a los que comparten debe sumársele los territoriales. Sin embargo, una de sus características es la situación de pobreza y marginalidad, algo que no es propio de las minorías nacionales necesariamente –se da en el caso estudiado de los gitanos, pero no es la regla general ni mucho menos–. Las garantías que da el marco jurídico internacional, entonces, no parecen estar traspasándose de igual forma a nivel nacional, pues con los derechos que aquél les reconoce, deberían las comunidades nativas gozar de mejor situación que las minorías nacionales; al menos, mejor situación de la que actualmente tienen. No obstante, son las minorías nacionales las que en general han logrado mejores resultados negociando con sus Estados de asentamiento –no es el caso de la minoría romaní, claramente–. Mientras tanto, los pueblos originarios han debido buscar relacionarse entre ellos formando movimientos indígenas y recurriendo a la normativa internacional para reclamar por sus derechos, ante la poca voluntad política que muestran los Estados por garantizar su ejercicio, especialmente en cuanto a sus derechos territoriales y de autodeterminación. Es el ejemplo patente del pueblo *mapuche*.

Por lo anterior, creemos que es necesario hacer cambios significativos para que el Derecho Internacional sea realmente independiente de las voluntades políticas de los Estados, con el fin de que sus principios y estándares se puedan imponer de modo efectivo. A juicio de BERRAONDO, “[t]odo esto pasa por una reforma profunda del Derecho Internacional de los derechos humanos y de sus mecanismos internacionales de protección y garantía. Estos mecanismos necesitan más capacidad e independencia y mucha más libertad de actuación. Se requieren mecanismos coercitivos fuertes que

¹¹⁵⁰ El principio de territorialidad es ante todo un principio organizativo, por lo que debería ser secundario. Sin embargo, la sociedad moderna se basó en él como si fuera el objetivo central de todo. En este sentido, DOMINGO lo compara con el freno de mano en los coches: “proporciona seguridad, resuelve un conflicto. Sin embargo, impide avanzar. (...) Una sociedad es verdaderamente posmoderna cuando aplica el principio de territorialidad como medio y no como fin”. DOMINGO, Rafael, *¿Qué es el Derecho Global?*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 124.

impongan el cumplimiento de las sentencias como sea.”¹¹⁵¹ Evidentemente, esto es muy difícil de lograr, toda vez que son precisamente los Estados los que diseñan ese orden jurídico, y no parecen tener muchas intenciones de ceder competencias o someterse a sanciones en caso de no cumplir con sus obligaciones internacionales. En este sentido, coincidimos con el diagnóstico que presenta DOMINGO, donde, a causa de la crisis del Estado –“íntimamente ligada a la crisis de la soberanía, del principio de territorialidad y del concepto de nación en su sentido más político”–, también el Derecho Internacional está en proceso de profunda transformación, en concordancia con los cambios históricos que vivimos: el autor recuerda que a cada época corresponde un determinado Derecho, pues “el Derecho regula una sociedad determinada, en un tiempo histórico concreto.”¹¹⁵²

En cuanto a la protección que los grupos estudiados reciben en sus respectivos Estados, es posible afirmar que es bastante débil, lo que ha redundado en su marginalidad, doble discriminación –por su origen étnico y por ser pobres– y malas condiciones de vida, originadas por su situación socioeconómica de pobreza. Estos tres elementos se observan tanto en los gitanos en España como en los *mapuche* en Chile. Para revertirlos, consideramos que el primer paso que debe darse en ambos casos es el del reconocimiento constitucional de su estatus jurídico particular: como minorías nacionales y como pueblos indígenas, respectivamente.

Se ha visto en el segundo capítulo de esta investigación, que las organizaciones e instrumentos internacionales no han establecido ningún criterio universal o regional claro en cuanto al reconocimiento jurídico de las minorías nacionales. En cambio, se deja esto a criterio de cada Estado, que tiene la libertad de dictaminar si es que dentro de sus fronteras hay grupos de este tipo, y cuáles son. Por esta razón, se ha afirmado que los romaníes han quedado en una especie de “limbo legal” en Europa, dependiendo del arbitrio de cada Estado. De ese modo, aunque la literatura especializada los califica como una minoría transnacional o paneuropea, los tipos de reconocimiento jurídico varían considerablemente entre los distintos países y que en general se enfrenta a cierta reticencia por parte de los Estados europeos.

Bajo el amparo de esa libertad, España no ha reconocido oficialmente a los gitanos como minoría nacional ni de ningún tipo, lo que ha generado preocupación en distintos organismos del Consejo de Europa. Como se ha analizado, las autoridades se han escudado en la igualdad jurídica consagrada en la Constitución para señalar que, como son ciudadanos de pleno derecho, los gitanos no requieren protección especial más allá. Sin embargo, se ha argumentado ya acerca de la importancia de que se tomen medidas positivas específicas para eliminar o atenuar las diferencias que en la realidad se dan con respecto a grupos vulnerables: en ciertos casos, es necesario recurrir a la discriminación positiva para igualar las condiciones y oportunidades de individuos y colectivos. La perspectiva que ha adoptado el Estado español al respecto demuestra que no es suficiente, pues los gitanos siguen siendo gravemente discriminados, marginados y sumidos en la pobreza. Esa igualdad jurídica no logra por sí sola evitar las desigualdades fácticas que se dan en diversos ámbitos como la educación, la salud, la vivienda o el trabajo.

¹¹⁵¹ BERRAONDO, M., “Derechos territoriales...”, *op. cit.*, p. 205.

¹¹⁵² DOMINGO, R., *¿Qué es el Derecho Global?*, *op. cit.*, pp. 113 y 213, respectivamente. Esto no implica necesariamente, que coincidamos con la solución que plantea el autor, que pasa por el reemplazo del Derecho Internacional por lo que él denomina como *Derecho Global*, ordenamiento jurídico que, en lugar de centrarse en el Estado, se funde en la persona.

Según se ha planteado en el segundo capítulo, en España el Estado ha centrado su política hacia la comunidad gitana en medidas de redistribución, pero omitiendo las de reconocimiento. A partir de esto, ha habido una mejora en algunos aspectos de sus condiciones de vida gracias a los beneficios de la universalización del Estado de bienestar; no obstante, asuntos como la promoción cultural y la dotación de instancias o espacios especiales de participación política, han sido relegados a un segundo plano. Esto ha repercutido en que se mantengan los niveles de discriminación que sufren sus miembros, lo que ha destacado el Consejo de Europa como tema preocupante. En este sentido, cabe recordar que “[e]l factor fundamental de la marginación gitana –no el único– es su situación estructural de clase dentro del proceso productivo español; pero también y además, los gitanos son discriminados por su pertenencia a una *etnia* infravalorada: existe en la sociedad dominante y en la cultura española un petrificado repertorio de *prejuicios* y *estereotipos contra los gitanos*, que dificultan la convivencia, perpetúan la discriminación y refuerzan su situación marginal de clase.”¹¹⁵³

Los elementos que el Estado español ha dejado olvidados tienen directa relación con la falta de un estatus jurídico particular. Por eso, consideramos que es fundamental que se reconozca jurídicamente a los gitanos como una minoría nacional. A partir de esto, debería dárseles mayores espacios de participación en las políticas dirigidas a la promoción de su cultura y de su integración a la sociedad española. Si no se les da ese estatus legal, en la práctica pueden quedar fuera de la protección que brinda el CMPMN o la CELRM. Es sabida la importancia de la lengua dentro de la identidad cultural de las comunidades étnicas, por lo que su promoción es esencial para la preservación de ellas como grupos. En este sentido, es difícil fomentar el conocimiento y el desarrollo de su cultura, si su lengua no es reconocida como oficial en el país ni en Andalucía. No es de extrañar que sea hablado cada vez por menos gitanos españoles.

La discriminación y marginación tienen como causa más profunda la ignorancia, y para combatir esa ignorancia se requiere educar a la población –y a los funcionarios públicos– acerca del grupo al que discrimina. Para eso, es fundamental su reconocimiento oficial que establezca qué tipo de colectivo es. Se trata del primer paso en la lucha contra el racismo y la xenofobia, que han sido resaltados por el Consejo de Europa y por los parlamentos autonómicos españoles, como problemas pendientes de solución en el país.

Además, es sólo a partir de su reconocimiento jurídico que se pueden determinar claramente cuáles son los derechos concretos que tiene un grupo en un Estado. Es cierto que España ha desarrollado programas de desarrollo dirigidos a la comunidad gitana, pero su situación global no se mejora sólo con políticas redistributivas, sino con la garantía efectiva de sus derechos. El estatus actual que tienen sus miembros es sólo el de ciudadanos españoles, por lo que no les corresponden otros derechos especiales, y se ha analizado ya la importancia que éstos tienen para las minorías nacionales, por ejemplo en asuntos de participación política. Sin reconocerles derechos especiales, es muy difícil que se adopten las medidas específicas necesarias para eliminar las diferencias reales que les distancias del resto de la sociedad.

El pueblo *mapuche*, por otro lado, ha venido reclamando su reconocimiento constitucional desde 1990, al cual incluso habían accedido las autoridades de gobierno. Sin embargo, aún no se materializa. La presidenta Michelle Bachelet ha anunciado esta medida recientemente, pero lo cierto es que se ha hecho y quebrado tantas veces esta promesa, que es difícil confiar en que se llevará a cabo en un futuro cercano. Las

¹¹⁵³ CALVO BUEZAS, T., *¿España racista? Voces payas sobre los gitanos*, op. cit., p. 20.

comunidades *mapuche* en Chile tienen muchas demandas más, que en la práctica son más relevantes que su mención en la Constitución: principalmente, el reconocimiento de sus derechos territoriales y mayores espacios de autonomía. No obstante, nuevamente debe recordarse que el reconocimiento constitucional es el primer y necesario paso para esas otras reclamaciones. Y es evidente que es ésta la razón que ha retrasado tanto este asunto. Al reconocérseles como *pueblo* –cosa que aún no hace la legislación chilena–, se les atribuye tácitamente los derechos que, según el Derecho Internacional, les corresponden en esa calidad, los que justamente apuntan a esas otras demandas de autodeterminación y territorios. Por eso, aunque sea una aspiración muy antigua y que puede perder protagonismo frente a los nuevos conflictos centrados en las tierras y su explotación industrial, ciertamente sigue siendo esencial para su protección, debido a los efectos que puede tener.

Como bien ilustran los dos casos que se han estudiado en esta investigación, el reconocimiento constitucional del estatus jurídico de estos grupos étnicos ha sido esquivado permanentemente por los Estados. España y Chile no han tenido problema para destinar fondos públicos de manera creciente, a políticas de desarrollo y redistribución que mejoren las condiciones de vida de gitanos y *mapuche*, respectivamente. Esto, porque el tratamiento que se les ha dado se ha basado en una visión de ellos como grupos sociales, mas no como minorías étnicas. Se les ve como colectivos con distinta situación social, pero no con una cultura diferente que por ende tiene necesidades y derechos diferentes. Por eso, se centran en políticas sociales o de desarrollo, pero no de reconocimiento. De ese modo, se han mostrado muy reticentes a legalizar su calidad de minorías nacionales y pueblos indígenas, siendo que esta medida aparentemente requiere menor acción y compromiso por parte del Estado. La razón de esta mala disposición de los gobiernos descansa en los efectos que este reconocimiento puede tener, en cuanto a que obligue a los Estados a reconocer también ciertos derechos que los estándares internacionales les garantizan a estos grupos. Estos derechos implican mayor autonomía y, en el caso de las comunidades originarias, también derechos territoriales. Ambos, asuntos que los Estados, anclados en una concepción decimonónica de sí mismos, miran aún con mucho recelo de su soberanía. Y es que la ficción del Estado-nación del siglo XIX se ha ido desvaneciendo de a poco hasta ser totalmente incompatible con la realidad actual, pero al parecer él mismo se resiste a desaparecer.

Referencias

1. Bibliografía

- ACTON, Thomas, “La necesidad de crear un romanó estándar”, traducción de Sergio Rodríguez, *I Tchatchipen*, nº 11, 1995, pp. 22-28.
- AGUIRRE FELIPE, Javier, *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2006.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *La dinámica internacional de la cuestión indígena*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007.
- ALFREDSSON, Gudmundur, “A frame an incomplete painting: comparison of the Framework Convention for the Protection of National Minorities with international standards and monitoring procedures”, *International Journal on Minority and Group Rights*, nº 7, 2000, pp. 291-304.
- ALMONACID, Fabián, “El problema de la propiedad de la tierra en el sur de Chile (1850-1930)”, *Historia*, nº 42, vol. I, enero-junio 2009, pp. 5-56.
- AMUNCHÁSTEGUI, Jesús (ed.), *Orígenes de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, Editora Nacional, Madrid, 1984.
- ANAGNOSTOU, Dia, “The Strasbourg Court, democracy and the protection of marginalised individuals and minorities”, en Dia ANAGNOSTOU y Evangelia PSYCHOGIOPOULOU (eds.), *The European Court of Human Rights and the rights of marginalised individuals and minorities in national context*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden y Boston, 2010, pp. 1-26.
- ANAYA, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, traducción de Luis Rodríguez-Piñero Royo, Pablo Gutiérrez Vega y Bartolomé Clavero, Trotta, Madrid, 2004.
- ANAYA, James, “Los derechos de los pueblos indígenas”, en Mikel BERRAONDO (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 29-60.
- ANDERSSON, Pierre, *Actitudes hacia la variedad caló y sus hablantes: un estudio sociolingüístico de las opiniones de adolescentes andaluces*, tesis doctoral dirigida por Ingmar Söhrman y Mats Mobärg, Universidad de Gotemburgo, 2016.
- APARICIO GERVÁS, Jesús María, “Breve recopilación sobre la historia del Pueblo Gitano: desde su salida del Punjab, hasta la Constitución Española de 1978. Veinte hitos sobre la ‘otra’ historia de España”, *Revista Interuniversitaria de Formación de Profesorado*, vol. 20, nº 1, 2006, pp. 141-161.

- APARISI, Ángela, “Los derechos humanos en la Declaración de Independencia Americana de 1776”, en Jesús BALLESTEROS (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 224-242.
- APARISI, Ángela, *La Revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- ARAYA ANABALÓN, Jorge, *El reconocimiento del pueblo mapuche como superación del conflicto interétnico con el Estado de Chile: propuesta para una ciudadanía intercultural*, tesis doctoral dirigida por Adela Cortina Orts y Juan Carlos Siurana Aparisi, Universidad de Valencia, Valencia, 2013.
- ARGYROPOULOS, Christophoros, “European Convention on Human Rights: history and adaptation. The role of European Court of Human Rights”, en Nomiko BHMA, *European Court of Human Rights. 50 years*, Athens Bar Association, Atenas, 2010, pp. 126-128.
- ARIAS, Inocencio, “Humanitarian intervention: could the Security Council kill the United Nations?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 23, nº 4, 1999, artículo 2, pp. 1005-1027.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, “Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad: comentario a la STC 69/2007, de 16 de abril”, *Aranzadi Social*, nº 2, 2007, pp. 2.735-2.746.
- ARP, Björn, “La protección de las minorías nacionales vista desde el Consejo de Europa: la opinión del Comité Consultivo del Consejo de Europa para las Minorías Nacionales”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, nº 2, 2004, pp. 1023-1028.
- ARP, Björn, *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- ARP, Björn, “La protección de la minoría romaní: comentario al Asunto Muñoz Díaz c. España, resuelto por el TEDH con sentencia de 8 de diciembre de 2009”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 21, 2010, disponible en http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=13&numero=21 [última visita: 27 de octubre de 2017].
- AUBY, Jean-Bernard, *La Globalización, el Derecho y el Estado*, traducción de Emilio Guichot, Marta Franch, Carlota Ruiz y Rafael Sicilia, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012.
- AXTMANN, Roland, *Liberal democracy into the twenty-first century. Globalization, integration and the nation-state*, Manchester University Press, Manchester, 1996.
- AYLWIN, José, “La política pública y el derecho de los *mapuche* a la tierra y el territorio”, en José AYLWIN (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera, Temuco, 2004, pp. 279-291.
- AYLWIN, José, “Los conflictos en el territorio mapuche: antecedentes y perspectivas”, *Perspectivas*, vol. 3, nº 2, 2000, pp. 277-300.
- AZCÁRATE, Pablo de, *Minorías nacionales y Derechos humanos*, Universidad Carlos III y Congreso de los Diputados, Madrid, 1998.
- BALDIN, Serena, “The protection of the Romani language and the itinerant lifestyle of Roma minorities: a fuzzy approach to the comparative analysis”, *Comparative Law Review*, vol. 3, nº 2, 2012, pp. 1-29.

- BARNARD, Catherine, "The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality", *McGill Law Journal*, vol. 46, 2001, pp. 955-977.
- BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. "El derecho a la existencia cultural alterna", en *Derechos indígenas en la actualidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México D.F., 1994, pp. 103-115.
- BATAILLARD, Paul, *De l'apparition et de la dispersion des Bohémiens en Europe*, Typographie de Firmin Didot, París, 1844.
- BAUD, Michiel, "Fronteras y la construcción del Estado en América Latina", en Gustavo TORRES CISNEROS *et al.*, *Cruzando fronteras. Reflexiones sobre la relevancia de fronteras históricas, simbólicas y casi desaparecidas en América Latina*, Abya-Yala, Quito, pp. 41-86.
- BAUTISTA JIMÉNEZ, Juan Manuel, "El Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales: construyendo un sistema europeo de protección de las minorías", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. XXII, n° 3, 1995, pp. 939-960.
- BENGOA, José, *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX*, 7ª edición corregida, LOM, Santiago de Chile, 2008 [2000].
- BENGOA, José, "Los mapuches: historia, cultura y conflicto", *Cahiers des Amériques Latines*, n° 68, 2011, pp. 89-107.
- BENGOA, José (ed.), *Mapuche. Procesos, políticas y culturas en el Chile del Bicentenario*, Catalonia, Santiago de Chile, 2012.
- BENGOA, José, "Leones, bosques y comunidades", en José BENGOA (ed.), *Mapuche. Procesos, políticas y culturas en el Chile del Bicentenario*, Catalonia, Santiago de Chile, 2012, pp. 153-162.
- BENGOA, José, "La agricultura y la población mapuche", en José BENGOA (ed.), *Mapuche. Procesos, políticas y culturas en el Chile del Bicentenario*, Catalonia, Santiago de Chile, 2012, pp. 75-111.
- BENGOA, José y Natalia CANIGUAN, "Los mapuche y el Bicentenario", en José BENGOA (ed.), *Mapuche. Procesos, políticas y culturas en el Chile del Bicentenario*, Catalonia, Santiago de Chile, 2012, pp. 27-51.
- BERENQUER ALBALADEJO, Cristina, "El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el 'matrimonio gitano'", *Derecho Privado y Constitución*, n° 24, 2010, pp. 109-162.
- BERENQUER ALBALADEJO, María Cristina, "Los matrimonios en forma religiosa no canónica: celebración e inscripción en el Registro Civil de acuerdo con las reformas operadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria", *Derecho privado y Constitución* n° 29, 2015, pp. 83-131.
- BERMEJO, Romualdo y Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, "La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación", Real Instituto Elcano, Documento de Trabajo n° 7/2008. Disponible en <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo7/documento-6-dt-7-kosovo.pdf> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- BERRAONDO, Mikel, "Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación", en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos*

- indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 191-205.
- BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos. Historia y filosofía*, Fontmara, México D.F., 1999.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Diritto costituzionale*, 3ª ed., Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1954.
- BLASCO RASERO, Cristina, “Aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de la pensión de viudedad”, *Temas Laborales*, nº 121, 2013, pp. 63-105.
- BLOCH, Jules, *Les Tsiganes*, 3ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1969 [1953].
- BLOCH, Marc, *Introducción a la Historia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1970.
- BODIN, Jean, *Les six livres de la république*, libro I, Fayard, París, 1986.
- BORRAZ, Patricia, “Después de la Declaración: perspectivas en la participación indígena en las Naciones Unidas”, en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 287-321.
- BORROW, George, *The Bible in Spain, and the Gypsies of Spain*, Robert Carter and Brothers, Nueva York, 1851.
- BORROW, George, *Los zincali. Los gitanos de España*, traducción de Manuel Azaña, Ediciones La Nave, Madrid, 1932.
- BOWRING, Bill, “European minority protection: the past and the future of a ‘major historical achievement’”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 15, 2008, pp. 413-425.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “Ensayo de una teoría general sustantiva de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Javier GARCÍA ROCA y Pablo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 113-145.
- BREMMER, Ian, “The post-soviet nations after independence”, en Lowell W. BARRINGTON (ed.), *After Independence: making and protecting the nation in postcolonial and postcommunist states*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 2006, pp. 141-161.
- BRETON, Roland, *Las etnias*, Oikos-Tau, Barcelona, 1983.
- BURDEAU, Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 8ª ed., Librairie Générale de Droit et Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1959.
- BURGER, Julián y David MARTÍN CASTRO, “Pueblos indígenas en Naciones Unidas. Mecanismos de protección, agencias e instancias”, en Mikel BERRAONDO (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 109-131.
- BYRD, Sharon y Joachim HRUSCHKA, *Kant’s Doctrine of Right. A commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- CABEDO MALLOL, Vicente, *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*, Universitat Politècnica de València, Valencia, 2004.

- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, "Matrimonio y parejas de hecho. ¿Es necesaria una reforma del sistema matrimonial español? A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos", *Derecho Privado y Constitución*, nº 21, 2007, pp. 9-62.
- CALVO BUEZAS, Tomás, *¿España racista? Voces payas sobre los gitanos*, Anthropos, Barcelona, 2000.
- CAMPBELL, Maia Sophia, "Contribución del sistema interamericano en la definición e interpretación de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 113-135.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio, *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium*, Martinus Nijhoff, Leiden y Boston, 2010.
- CANIUQUEO, Sergio, "Siglo XX en *Gulumapu*: de la fragmentación del *Wallmapu* a la unidad nacional *mapuche*. 1880 a 1978", en Pablo MARIMÁN, Sergio CANIUQUEO, Rodrigo LEVIL y José MILLALEN, *j...Escucha, winka...! Cuatro ensayos de Historia Nacional Mapuche y un epílogo sobre el futuro*, Lom Ediciones, Santiago, 2006, pp. 129-217.
- CANO, Daniel, "Los años del despojo y la resistencia cultural: Estado nación y pueblo mapuche durante el periodo reduccional: 1880-1930", *Bicentenario, Revista de Historia de Chile y América*, vol. 11, nº 1, 2012, pp. 103-133.
- CANOSA USERA, Raúl, "Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema integrado a uno binario" en Javier GARCÍA ROCA y Pablo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 79-112.
- CAPOTORTI, Francesco, "The protection of minorities under multilateral agreements on human rights", *The Italian Yearbook of International Law*, vol. II, 1976, pp. 3-32.
- CAPOTORTI, Francesco, *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1979.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1976 [1969].
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1999.
- CASANOVA, Holdenis, *Las rebeliones araucanas del siglo XVIII. Mito y realidad*, Ediciones Universidad de La Frontera, Temuco, 1989.
- CASANOVA, Holdenis, "Entre la ideología y la realidad: la inclusión de los mapuche en la nación chilena (1810-1830)", *Revista de Historia Indígena*, nº 4, 1999, pp. 9-48.
- CASTELLÁ SURRIBAS, Santiago, "La protección internacional de las minorías", en Felipe GÓMEZ ISA (dir.) y José Manuel PUREZA, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 659-685.
- CASTELLINO, Joshua, "The protection of minorities and indigenous peoples in International law: a comparative temporal analysis", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 17, 2010, pp. 393-433.

- CASTRO NEIRA, Paulo, "Aproximación a la identidad lafkenche", *Perifèria* nº 2, 2005, pp. 70-100.
- CEPAL, *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2014.
- CEMLYN, Sarah y Andrew RYDER, "The Gypsy Industry and Ivory Towers: avoiding managerialism and academic elitism", en Hristo KYUCHUKOV, Elena MARUSHIAKOVA, y Vesselin POPOV (eds.), *Roma: past, present, future*, LINCOM GmbH, Múnich, 2016, pp. 184-198.
- CHACÓN ROJAS, Oswaldo, *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas: problemas y límites de los paradigmas políticos*, Universidad Autónoma Nacional de México y Universidad Autónoma de Chiapas, México, 2005.
- CHAFEE JR. (ed.), Zechariah, *Documents on fundamental human rights. The Anglo-American tradition*, vol. I, Atheneum, Nueva York, 1963.
- CHARNON-DEUTSCH, Lou, *The Spanish Gypsy. The history of a European obsession*, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2004.
- CISTERNAS Alvarado, Patricio, "Estructura social y dinámica segmentaria en Araucanía", *Revista de Historia Indígena*, nº 1, 1996, pp. 65-77.
- CLÉBERT, Jean Paul, *Los gitanos*, Aymá, Barcelona, 1965.
- COATES, Natalie, "Who are the indigenous peoples of Canada and New Zealand?", *Journal of South Pacific Law*, vol. 12, nº 1, 2008, pp. 49-55.
- COLLIER, Simon, *Ideas y política de la independencia chilena: 1808-1833*, traducción de Carmen Cienfuegos, Editorial Andrés Bello, 1977.
- COMISIÓN DE POLÍTICA SOCIAL Y EMPLEO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DE ESPAÑA, "Informe de la Subcomisión para el estudio de la problemática del pueblo gitano", *Gitanos, pensamiento y cultura*, nº 4, abril 2000, pp. 21-34.
- CONSEJO DE EUROPA, *Minority language protection in Europe: into a new decade*, Regional or Minority Languages nº 8, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2010.
- CONSEJO MUNDIAL DE PUEBLOS INDÍGENAS (WCIP), *The need for international conventions: a World Council of Indigenous People*, Concept Paper, abril de 1981. Disponible en la página web del Center for World Indigenous Studies, en <http://cwis.org/document/the-need-for-international-conventions-2/> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- CONTESSE, Jorge, "La rebelde democracia. Una mirada a la relación entre los mapuche y el Estado chileno", en Roberto SABA (ed.), *Los límites de la democracia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 239-258.
- CONTESSE, Jorge, "Indigenous peoples in Chile: the quest to become a constitutional entity", en Austin SARAT (ed.), *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 55, Emerald Group Publishing Limited, 2011, pp. 19-41.
- CONTRERAS, Hugo, *Encomienda y servicio personal entre las comunidades indígenas de Chile central, 1541-1580*, tesis doctoral dirigida por Gabriel Salazar, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2009.

- CORNEL, Svante, *Small nations and great powers. A study of ethnopolitical conflict in the Caucasus*, Routledge, Londres, 2001.
- CORNASSEL, Jeff, "Who is indigenous? 'Peoplehood' and ethnonationalist approaches to rearticulating indigenous identity", *Nationalism and Ethnic Politics*, vol. 9, nº 1, 2003, pp. 75-100.
- CORONA, Claudia, "Planteos de autonomía en América Latina", *Nueva Sociedad*, nº 147, enero-febrero de 1997, pp. 146-159.
- CORRIGGIO, Jennifer Hu, "Gitano legal codes: social change, NGO's, and external legal systems' influence on governance of Spanish Roma communities", *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 13, nº 1, 2007, pp. 1-56.
- CRAIG, Elizabeth, "From Security to Justice? The Development of a More Justice-oriented Approach to the Realisation of European Minority Rights Standards", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 30, nº 1, 2012, pp. 41-65.
- CREUTZ, Katja, "Can the law help? Debating Security Council inaction in Syria", *FIIA Analysis*, nº 5, 2015. Disponible en www.fiaa.fi/en/publication/531/can_the_law_help/ [última visita: 27 de octubre de 2017].
- CRISTESCU, Aureliu, *El derecho a la libre determinación: desarrollo histórico y actual sobre la base de los instrumentos de la ONU*, Naciones Unidas, Nueva York, 1981.
- DAES, Érica-Irene A., Documento de trabajo sobre el concepto de "pueblos indígenas", U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, 14º periodo de sesiones, 19 de julio a 2 de agosto de 1996.
- DAES, Érica-Irene A., Documento de trabajo final sobre Prevención de Discriminación y Protección a los Pueblos Indígenas y a las Minorías, "Las Poblaciones indígenas y su relación con la tierra", Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 53º periodo de sesiones, 11 de junio de 2001, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/21.
- DE BLAS GUERRERO, Andrés, *Nacionalismos y naciones en Europa*, Alianza, Madrid, 1994.
- DE RAMÓN, Armando *Historia de Chile. Desde la invasión incaica hasta nuestros días (1500-2000)*, Catalonia, Santiago de Chile, 2003.
- DE SCHUTTER, Olivier y Annelies VERSTICHEL, "The role of the Union in integrating the Roma: present and posible future", *EDAP* 2/2005. Disponible en www.eurac.edu/en/research/autonomies/minrig/publications/Documents/EDAP/2005_edap02.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- DEL VECCHIO, Jorge, "La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa", en *Persona, Estado y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 45-186.
- DEOP MADINABEITIA, Xavier, *La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2000.
- DÍAZ BARRADO, Castor M., *La protección de las minorías nacionales por el Consejo de Europa*, EDISOFER, Madrid, 1999.
- DIETZ, Gunther, "The State and the Roma in Spain", Laboratorio de Estudios Interculturales, Granada, 2003.

- DILLEHAY, Tom, *Araucanía: presente y pasado*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1990.
- DOMINGO, Rafael, *¿Qué es el Derecho Global?*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, *La esclavitud en la Edad Moderna y otros estudios de marginados*, Comares, Granada, 2003.
- DUNN, John e Ian HARRIS (eds.), *Grotius*, vols. I y II, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1997.
- ENCINA, Francisco Antonio, *Historia de Chile*, tomo I, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1954.
- ESCALONA, Eduardo, "Capitalismo, imperialismo chileno, Estado y ocupación de la Araucanía", en Carlos ZÚÑIGA (comp.), *Fragmentos de historia regional. La Araucanía en el siglo XX*, Ediciones Universidad de La Frontera, 2011, pp. 38-57.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, José, "Un análisis sobre la polémica sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 8 de diciembre de 2009 sobre la pensión de viudedad de un matrimonio celebrado con el rito de la etnia gitana", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 51, 2012, pp. 29-40.
- ERIKSEN, Thomas Hylland, *Ethnicity and Nationalism. Anthropological Perspectives*, 2ª ed., Pluto Press, Londres, 2002 [1993].
- ETXEBERRIA, Xabier, "La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua", en Mikel BERRAONDO (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 63-83.
- EXTRA, Guus y Durk GORTER (eds.), *The other languages of Europe*, Multilingual Matters, Clevedon, 2001.
- FÉLIX BALLESTA, María Ángeles, "Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil", *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 102, nº 2, 2003, pp. 407-440.
- FERNÁNDEZ CARRILLO, Beatriz, "Los pueblos indígenas y el sistema de Naciones Unidas: perspectivas de cambio", en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 65-89.
- FERRER LLORET, Jaume, "La protección internacional de la minoría romaní (gitanos) en Europa", en Isabel GARCÍA RODRÍGUEZ (ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Universidad de Alcalá D.L., Alcalá de Henares, 2001, pp. 165-203.
- FLORES, Jaime, "Economía y vías de transportes. La construcción del espacio regional, La Araucanía 1880-1940", en Carlos ZÚÑIGA (comp.), *Fragmentos de historia regional. La Araucanía en el siglo XX*, Ediciones Universidad de La Frontera, 2011, pp. 60-75.
- FOERSTER, Rolf, "Sociedad mapuche y sociedad chilena: la deuda histórica", en *Polis* [en línea], nº 2, 2002. Disponible en <http://polis.revues.org/7829> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- FOERSTER, Rolf y Sonia MONTECINO, *Organizaciones, líderes y contiendas mapuches (1900-1970)*, Centro de Estudios de la Mujer, Santiago de Chile, 1988.

- FRASER, Nancy, "Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation", en Nancy FRASER y Axel HONNETHS [eds.], *Redistribution or recognition? A political-philosophical Exchange*, Verso, Londres, pp. 7-109.
- FREEMAN, Michael, "Are there collective human rights?", *Political Studies*, vol. 43, 1995, pp. 25-40.
- FUKUYAMA, Francis, *El fin de la Historia y el último hombre*, traducción de Pedro Elías, Planeta, Barcelona, 1992.
- FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO, Nuria SERRANO RODRÍGUEZ y Nuria RODRÍGUEZ DERECHO (coords.), *Health and the Roma community, analysis of the situation in Europe*, FSG, Madrid, 2009.
- FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO y DALEPH, *Estudio-Mapa sobre Vivienda y Población Gitana, 2015: resumen ejecutivo*, septiembre de 2016. Disponible en www.gitanos.org/upload/82/97/Resumen_ejecutivo_Estudio_vivienda_-_pob__gitana_2015.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- GÁL, Kinga, "The Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities and its impact on Central and Eastern Europe", *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, nº 1/2000.
- GALLARDO PORRAS, Viviana, "Héroes indómitos, bárbaros y ciudadanos chilenos: el discurso sobre el indio en la construcción de la identidad nacional", *Revista de Historia Indígena*, nº 5, 2001, pp. 119-134.
- GAMARRA, Yolanda e Ignacio DE LA RASILLA (eds.), *Historia del pensamiento iusinternacionalista español del siglo XX*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- GAMELLA, Juan y Elisa MARTÍN CARRASCO-MUÑIZ, "'Vente conmigo, primita'. El matrimonio entre primos hermanos en los gitanos andaluces", *Gazeta de Antropología*, nº 24, 2008.
- GAMELLA, Juan, Cayetano FERNÁNDEZ, Magdalena NIETO e Ignasi-Xavier ADIEGO, "La agonía de una lengua. Lo que queda del caló en el habla de los gitanos. Parte I. Métodos, fuentes y resultados generales", *Gazeta de Antropología*, nº 27(2), 2011, artículo 39. Disponible en http://www.ugr.es/~pwlac/G27_39Juan_Gamella-y-otros.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- GARCÍA, Ángel, "La familia en la comunidad gitana", en Miguel LAPARRA NAVARRO (coord.), *Situación social y tendencias de cambio en la comunidad gitana*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2006, pp. 25-43.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (ed.), *Derechos humanos y Revolución francesa*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1991.
- GARRETA BOCHACA, Jordi, *La integración sociocultural de las minorías étnicas (gitanos e inmigrantes)*, Anthropos, Barcelona, 2003.
- GEORGE, Pierre, *Geopolítica de las minorías*, Oikos-Tau, Barcelona, 1985.
- GILBERT, Geoff, "The Council of Europe and minority rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 18, 1996, pp. 160-189.

- GIMÉNEZ GIMÉNEZ, Sara y Fernando REY MARTÍNEZ, “La discriminación de una mujer gitana ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensamiento y Cultura*, nº 51-52, 2009, pp. 55-59.
- GÓMEZ, Magdalena, “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, en Mikel BERRAONDO (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 133-151.
- GÓMEZ ALFARO, Antonio, *El expediente general de gitanos*, Universidad Complutense, Servicio de Reprografía, Madrid, 1992.
- GÓMEZ ALFARO, Antonio, *Legislación histórica española dedicada a los gitanos*, Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2009.
- GÓMEZ DEL PRADO, José Luis, *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos nº 21, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.
- GÓMEZ ISA, Felipe, “La protección internacional de los derechos humanos”, en Felipe GÓMEZ ISA (dir.) y José Manuel PUREZA, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 23-60.
- GONZÁLEZ LEIVA, José Ignacio y Patricio BERNEDO PINTO, “Cartografía de la transformación de un territorio: La Araucanía 1852-1887”, *Revista de Geografía Norte Grande*, nº 54, 2003, pp. 179-198.
- GRAY, Andrew, *Entre la integridad cultural y la asimilación*, IWGIA, Copenhague, 1992.
- GUÉHENNO, Jean-Marie, *The end of the nation-state*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1995.
- GUEVARA, Tomás, “Sobre el origen de los araucanos”, *Revista Chilena de Historia y Geografía*, tomo LIX, 1928, pp.128-168.
- GUIBERNAU, Montserrat, *Identidad nacional en la era de la globalización: retos para las naciones sin Estado*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Donostia-San Sebastián y Vitoria-Gasteiz, 2008.
- HANCKE, Ernst, *Bodin. Eine Studie über den Begriff der Suveränität*, Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1969.
- HANCOCK, Ian, “Roma today: issues and identity”, en Hristo KYUCHUKOV, e Ian HANCOCK (eds.), *Roma identity*, NGO Slovo 21, Praga, 2010, pp. 13-25.
- HEISE, María, Fidel TUBINO y Wilfredo ARDITO, *Interculturalidad. Un desafío*, CAAP, Lima, 1994.
- HELLER, Hermann, *Staatslehre*, A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, Leiden, 1934.
- HELLER, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, traducción de Mario de la Cueva, 2ª ed., Universidad Autónoma de México, México D.F., 1995.
- HENRARD, Kristin, “The European Convention on Human Rights and the protection of the Roma as a controversial case of cultural diversity”, *EDAP* 5/2004. Disponible en www.eurac.edu/en/research/autonomies/minrig/publications/Documents/EDAP/2004_edap05.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

- HERNÁNDEZ, Isabel, *Autonomía o ciudadanía incompleta: el pueblo mapuche en Chile y Argentina*, Pehuén, Santiago de Chile, 2003.
- HERRERA GONZÁLEZ, Patricio, “La Cuestión de Arauco: un problema de dignidad nacional durante el siglo XIX”, en Manuel LOYOLA y Sergio GREZ (comps.), *Los proyectos nacionales en el pensamiento político y social chileno del siglo XIX*, Ediciones Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez, Santiago de Chile, 2002, pp. 75-88.
- HERRERO Y RUBIO, Alejandro, *Historia del Derecho de gentes y de las relaciones internacionales*, 2ª ed., Gráficas Andrés Martín, Valladolid, 1959 [1954].
- HEUSCH, Luc de, *A la découverte des Tsiganes. Une expédition de reconnaissance*, Éditions de l'Institut de Sociologie, Bruselas, 1965.
- HITCHCOCK, Robert, Thomas KOPERSKI y Charles FLOWERDAY, “Genocidio y etnocidio de pueblos indígenas: el caso de los Aché del Paraguay”, en Bartolomé CLAVERO *et al.*, *Los Aché del Paraguay: discusión de un genocidio*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, Copenhague, 2008, pp. 43-54.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan, or the matter, forme, and power of a Common-wealth ecclesiasticall and civill*, impreso para Andrew Crooke, Green Dragon, St. Pauls Church-yard, 1651. En Noel MALCOLM, *Obra completa de Thomas Hobbes*, Clarendon Press, Oxford, 2012.
- HOFFMANN, Stanley, “Nationalism and world order”, en Kjell GOLDMANN, Ulf HANNERZ y Charles WESTIN (eds.), *Nationalism and internationalism in the post-Cold War era*, Routledge, Londres, 2000, pp. 197-215.
- HÖFFE, Otfried, “Völkerbund oder Weltrepublik?”, en Otfried HÖFFE (ed.), *Immanuel Kant. Zum ewigen Frieden*, Akademie Verlag, Berlín, 2011, pp. 77-93.
- IBARRA, Alicia, *Los indígenas y el Estado en el Ecuador*, Ediciones ABYA-AYALA, Quito, 1992.
- IWGIA, “¿Quiénes son los pueblos indígenas?”, www.iwgia.org/cultura-e-identidad/identificacion [última visita: 27 de octubre de 2017].
- JÁUREGUI, Gurutz, “Globalización y crisis del Estado-nación: soberanía y autodeterminación en la perspectiva del siglo XXI”, en Javier CORCUERA (dir.), *Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado-nación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 171-191.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, traducción de Fernando de los Ríos, Albatros, Buenos Aires, 1954.
- JIMENA QUEZADA, Luis, *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2006.
- JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Nicolás, “¿El romanó, el caló, el romanó-kaló o el gitañol? Cincuenta y tres notas sociolingüísticas en torno a los gitanos españoles”, *Anales de Historia Contemporánea*, nº 25, 2009, pp. 149-161.
- KALDOR, Mary, “European institutions, nation-states and nationalism”, en Danielle ARCHIBUGUI y David HELD (eds.), *Cosmopolitan democracy. An agenda for a new world order*, Polity Press, Cambridge, 1995, pp. 68-95.
- KANT, Immanuel, *Zum ewigen Frieden*, Im Scherpe-Verlag, Krefeld, 1947.
- KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, traducción de Joaquín Abellán, Alianza, Madrid, 2002.

- KATSELLI, Elena, *The problem of enforcement in International law: countermeasures, the non-injured state and the idea of international community*, Routledge, Londres y Nueva York, 2010.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma, México D.F., 1979 [1949].
- KENRICK, Donald y Grattan PUXON, *The destiny of Europe's Gypsies*, Heinemann, Londres, 1972.
- KHAZANOV, Anatoly, *After USSR. Ethnicity, nationalism, and politics in the Commonwealth of independent States*, The University of Wisconsin Press, Madison, 1995.
- KLEIN, Eckart, "Minderheitenschutz im Völkerrecht", en Günter BAADTE y Anton RAUSCHER (eds.), *Minderheiten, Migration und Menschenrechte*, Styria, Graz, 1995, pp. 127-153.
- KÖNIG, Hans-Joachim, "Discursos de identidad, Estado nacional y ciudadanía en América Latina: viejos problemas, nuevos enfoques y dimensiones", en Eduardo CAVIERES FIGUEROA (ed.), *Entre discursos y prácticas. América Latina en el siglo XIX*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2003, pp. 25-46.
- KYMLICKA, Will, *Multicultural citizenship. A liberal theory of minority rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996.
- KYMLICKA, Will, *Fronteras territoriales*, traducción de Karla Pérez Portilla, Trotta, Madrid, 2006.
- KYMLICKA, Will, "La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía", traducción de Josep Ventura, *Revista Española de Ciencia Política*, nº 17, 2007, pp. 11-50.
- LAGUNAS ARIAS, David, *Dentro de "dentro": estudio antropológico y social de una comunidad de gitanos catalanes*, tesis doctoral dirigida por José Luis Anta Félez y Leonardo Piasere, Universidad de Jaén, 2000.
- LAGUNAS ARIAS, David, "La presencia en el mundo. Alianza y reproducción social entre los 'calós' catalanes", *Gazeta de Antropología* nº 17, artículo 29, 2001. Disponible en http://www.gazeta-antropologia.es/wp-content/uploads/G17_29David_Lagunas_Arias.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- LATCHAM, Ricardo, "El origen de los araucanos", en *La organización social y las creencias religiosas de los antiguos araucanos*, Publicaciones del Museo de Etnología y Antropología de Chile, vol. III, Santiago de Chile, 1924, pp. 254-268.
- LAUTERPACHT, Hersch, Sir, *The function of law in the international community*, Archon Books, Hamden, Connecticut, 1966 [reimpresión de la 1ª ed. de 1933].
- LEBLON, Bernard, *Les gitanes d'Espagne: le Prix de la différence*, Presses Universitaires de France, París, 1985.
- LEHMANN, Karin, "To define or not to define. The definitional debate revisited", *American Indian Law Review*, vol. 31, nº 2, 2006-2007, pp. 509-529.
- LEMKIN, Raphael, *Axis rule in occupied Europe*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944. Edición en castellano con estudio preliminar de Daniel

- Feierstein: *El Dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación, análisis de la administración gubernamental, propuestas de reparaciones*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2008.
- LERNER, Natan, "The evolution of minority rights in International law", en Catherine BRÖLMANN, René LEFEBER y Marjoleine ZIECK (eds.), *Peoples and minorities in international law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, pp. 77-101.
- LÉVI-STRAUSS, Claude, "Guerre et comerce chez les indiens d'Amérique du Sud", *Renaissance*, vol. 1, Nueva York, 1943.
- LIÉGEAIS, Jean-Pierre, *Gitanos e itinerantes*, traducción y publicación de Editorial Presencia Gitana (*Asidajú Callí*), Madrid, 1987.
- LILLO VERA, Rodrigo, "Los conflictos de tierras de los *mapuche* en la Región del Bío Bío", en José AYLWIN (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera, Temuco, 2004, pp. 336-350.
- LLAMAZARES, Dionisio, *Derecho a la libertad de conciencia. Tomo II: Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2007 [2003].
- LÓPEZ-JACOISTE, María Eugenia, *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La legalidad de sus escisiones y el problema de su control*, Civitas, Madrid, 2003.
- LUCAS, Colin (ed.), *The political culture of the French Revolution* (vol. 2 del coloquio "The French Revolution and the creation of modern political culture", en Oxford, del 5 al 9 de septiembre de 1987), Pergamon Press, Oxford, 1988.
- LYNCH, John, *El siglo XVIII. Historia de España, XII*, traducción de Juan Faci, revisada por el autor, Crítica, Barcelona, 1991.
- MACKAY, Fergus, *Guía para los Pueblos Indígenas en el sistema interamericano*, IWGIA-Forest Peoples Programme, Copenhagen, 2002.
- MADDEN, Richard *et al.*, "Statistics on indigenous peoples: international effort needed", *Statistical Journal of the IAOS*, vol. 32, nº 1, pp. 37-41.
- MALLOY, Tove, *National minority rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- MARIMÁN, Pablo, Sergio CANIUQUEO, Rodrigo LEVIL y José MILLALEN, *¡...Escucha, winka...! Cuatro ensayos de Historia Nacional Mapuche y un epílogo sobre el futuro*, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 2006.
- MARIMÁN, Pablo, "Los mapuche antes de la conquista militar chileno-argentina", en Pablo MARIMÁN, Sergio CANIUQUEO, Rodrigo LEVIL y José MILLALEN, *¡...Escucha, winka...! Cuatro ensayos de Historia Nacional Mapuche y un epílogo sobre el futuro*, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 2006, pp. 53-125.
- MARIÑO, Fernando, "Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros", en Luis PRIETO SANCHÍS (coord.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 67-97.
- MARKO, Joseph, "Equality and Difference: Political and Legal Aspects of Ethnic Group Relations", en Franz MATSCHER (ed.), *Wiener Internationale Begegnung zu aktuellen Fragen nationaler Minderheiten / Vienna International Encounter on some current*

- issues regarding the situation of national minorities*, N.P. Engel Verlag, Kehl, Estrasburgo y Arlington, 1997, pp. 67-97.
- MARTÍN BERISTAIN, Carlos, “Derecho a la reparación en los casos indígenas”, en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 323-344.
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- MARTÍNEZ, Christian, “Políticas colonizadoras de Chile en el siglo XIX: la ilusión modernizadora, Araucanía 1813-1913”, *Estudios Sociales*, nº 69, 1991, pp. 79-91.
- MARTÍNEZ, Miguel Alfonso, “Final report: Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations”, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/20, 22 de junio de 1999.
- MARTÍNEZ COBO, José, *Study of the Problem of the Discrimination Against Indigenous Populations*, vol. V “Conclusions, Proposals and Recommendations”, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, Naciones Unidas, Nueva York, 1987.
- MARUSHIAKOVA, Elena y Vasselin POPOV, “Between Exoticization and Marginalization. Current Problems of Gypsy Studies”, *Behemoth - a Journal on Civilisation*, vol. 4, nº 1, 2011, pp. 86-105.
- MARUSHIAKOVA, Elena y Vesselin POPOV, “The Roma – a nation without a State? Historical background and contemporary tendencies”, en Bernhard STRECK (ed.), *Segmentation und Komplementarität. Organisatorische, ökonomische und kulturelle Aspekte der Interaktion von Nomaden und Sesshaften. Beiträge der Kolloquia am 25.10.2002 und 27.06.2004*, Halle, 2004 (Orientwissenschaftliche Hefte 14; Mitteilungen des SFB “Differenz und Integration” 6), pp. 71-100.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier, “Condena por una discriminación inexistente (Tribunal de Estrasburgo y matrimonio gitano)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 92, 2011, pp. 355-382.
- MAXIMOFF, Mateo, “Principaux groupes tsiganes en France”, *Études Tsiganes*, nº 1, 1955, pp. 3-6.
- MCLANE, Merrill, “The Caló of Guadix: a surviving Romani lexicon”, *Anthropological Linguistics*, vol. 19, nº 7, 1977, pp. 303-319.
- MEDDA-WINDISCHER, Roberta, *Old and new minorities: reconciling diversity and cohesion. A Human Rights model for minority integration*, Nomos, Baden-Baden, 2009.
- MEDINA, Manuel, *Teoría y formación de la sociedad internacional*, Tecnos, Madrid, 1983.
- MEDINA ESCALANTE, Miguel Jesús, “Visión contemporánea acerca de los derechos humanos de los pueblos indios”, en José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES (coord.), *Pueblos indígenas y derechos étnicos: VII Jornadas Lascasianas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México D.F., 1999, pp. 51-67.
- MEMO, Sara, “Roma as a Pan-European minority? Opportunities for political and legal recognition” en Timofey AGARIN (ed.), *When stereotype meets prejudice. Antiziganism in European societies*, Ibidem, Stuttgart, 2014, pp. 119-142.

- MERLÁN, Aurelia, *El mirandés: situación sociolingüística de una lengua minoritaria en la zona fronteriza portugués-española*, Academia de la Llingua Asturiana, Oviedo, 2009.
- MILLALEN Paillal, José, “La sociedad mapuche prehispánica: *Kimün*, arqueología y etnohistoria”, en Pablo MARIMÁN, Sergio CANIUQUEO, Rodrigo LEVIL y José MILLALEN, *i...Escucha, winka...! Cuatro ensayos de Historia Nacional Mapuche y un epílogo sobre el futuro*, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 2006, pp. 17-52.
- MOLINA OTÁROLA, Raúl, “Comunidades mapuche y empresas forestales: tierras, bosques y conflictos”, en VVAA, *Pueblo mapuche: desarrollo y autogestión. Análisis y perspectivas en una sociedad pluricultural*, Ediciones Escaparate, Concepción, 2000, pp. 185-198.
- MONTAÑEZ ÁLVAREZ, Paula, “Una aproximación a la realidad de las mujeres gitanas desde la perspectiva de género”, *Acciones e investigaciones sociales* nº 29, pp. 87-104.
- MORENO, Isidoro, “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación”, en Javier CORCUERA (dir.), *Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado-nación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 11-33.
- MUSGRAVE, Thomas, *Self-determination and national minorities*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- NASTURE, Florin, “Changing the Paradigm of Roma inclusion: From Gypsy industry to active citizenship”, *Roma Rights*, vol. 2, 2015, pp. 27- 31.
- NÉMETH, Ádám y Áron LÉPHAFT, “Ethnic structure and minority rights in the inter-war and post-soviet Estonia and Latvia”, en István HORVÁTH (ed.), *Minority representation and minority language rights*, Scientia, Cluj-Napoca, 2014, pp. 241-262.
- NISBET, Robert *et al.*, *Cambio social*, Alianza, Madrid, 1979.
- NOWAK, Manfred, “The evolution of minority rights in International law”, comentarios a Natan LERNER, en Catherine BRÖLMANN, René LEFEBER y Marjoleine ZIECK (eds.), *Peoples and minorities in international law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, pp. 103-118.
- O’ DONNEL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007.
- O’NIONS, Helen, *Minority rights protection in International law: the Roma of Europe*, Ashgate Publishing Group, Aldershot, 2007.
- OESTREICH, Gerhard, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, 2ª ed., Duncker & Humboldt, Berlín, 1978 [1968].
- OIT, *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*, OIT, Ginebra, 2013.
- OIT, *Indigenous peoples: living and working conditions of aboriginal populations in independent countries*, OIT, Ginebra, 1953.
- ONU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *State of the world’s indigenous peoples*, vol. 2, Naciones Unidas, 2015. Disponible en

- www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2015/sowip2volume-ac.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- ONU, Departamento de Información Pública, “La situación de los pueblos indígenas en el mundo”, DPI/2551/A, enero de 2010. Disponible en: www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/press%20package/sowip-press-package-es.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- ORIAS, Ramiro, “Los pueblos indígenas en el derecho internacional: la cuestión de la libre determinación”, *Umbrales*, nº 17, 2008, pp. 279-301.
- PACKER, John, “On the content of minority rights”, en Juha RÄIKKÄ (ed.), *Do we need minority rights? Conceptual issues*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, Boston y Londres, 1996, pp. 121-178.
- PALACIO ATARD, Vicente, *Los españoles de la Ilustración*, Guadarrama, Madrid, 1964.
- PALERMO, Francesco, “Rom e sinti come minoranza. Profili di diritto italiano e comparato e di diritto internazionale”, en Paolo BONETTI, Alessandro SIMONI y Tommaso VITALE (eds.), *La condizione giuridica di rom e sinti in Italia*, tomo I, Giuffrè Editore, Milán, 2011, pp. 151-174.
- PALERMO, Francesco, “Internazionalizzazione del diritto costituzionale e costituzionalizzazione del diritto internazionale delle differenze”, *EDAP* 02/2009. Disponible en www.eurac.edu/en/research/autonomies/minrig/publications/Documents/EDAP/2009_edap02.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- PARRA, José y David MARTÍN, “El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: desafíos y oportunidades”, en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 91-111.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2010 [1986].
- PECES-BARBA, Gregorio, “Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales”, en Gregorio PECES-BARBA y Eusebio FERNÁNDEZ (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I Tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 13-263.
- PECES-BARBA, Gregorio y Manuel SEGURA, “La filosofía de los límites del poder”, en Gregorio PECES-BARBA y Eusebio FERNÁNDEZ (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I Tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 375-454.
- PECES-BARBA, Gregorio y Luis PRIETO SANCHÍS, “La filosofía de la tolerancia”, en Gregorio PECES-BARBA y Eusebio FERNÁNDEZ (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I Tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 265-373.
- PENA GONZÁLEZ, Miguel Anxo, “Entre la encomienda de los naturales y a esclavitud de los africanos: continuidad en las razones”, en Álvaro BARAIBAR, Bernat CASTANY, Bernat HERNÁNDEZ y Mercedes SERNA (eds.), *Hombres de a pie y de a caballo: conquistadores, cronistas misioneros en la América colonial de los siglos XVI y XVII*, Instituto de Estudios Auriseculares IDEA, Nueva York, 2013, pp. 263-278.

- PENTASSUGLIA, Gaetano, *Minorities in International Law*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2002.
- PENTASSUGLIA, Gaetano, "Monitoring minority rights in Europe: the implementation machinery of the Framework Convention for the Protection of National Minorities – with special reference to the role of the Advisory Committee", *International Journal on Minority and Group Rights*, nº 6, 1998-1999, pp. 417-461.
- PEÑA IZQUIERDO, Antonio Ramón, *De Austrias a Borbones. España entre los siglos XVII y XVIII*, Akrón, Astorga, 2008.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005 [1984].
- PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, tomo XVI, Imprenta de don Antonio Espinosa, Madrid, 1797.
- PERIN, Giulia, "L'applicazione ai Rom e ai Sinti non cittadini delle norme sull'apolidia, sulla protezione internazionale e sulla condizione degli stranieri comunitari ed extracomunitari", en Paolo BONETTI, Alessandro SIMONI y Tommaso VITALE (eds.), *La condizione giuridica di rom e sinti in Italia*, tomo I, Giuffrè Editore, Milán, 2011, pp. 363-414.
- PETSCHEN VERDAGUER, Santiago, "La cuestión de las minorías nacionales en el sistema de cooperación europeo", Curso de Derecho Internacional. Disponible en www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009_3.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- PIASERE, Leonardo, *I rom d'Europa. Una storia moderna*, Laterza, Roma-Bari, 2004.
- PIERGIGLI, Valeria, "Las minorías lingüísticas en el ordenamiento italiano: desarrollos normativos recientes", *Revista de Derecho Político*, nº 57, 2003, pp. 31-59.
- PIETSCHMANN, Horst, *Las reformas borbónicas y el sistema de intendencias en Nueva España: un estudio político administrativo*, traducción de Rolf Roland Meyer Misteli, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996.
- PINTO, Jorge, *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche. De la inclusión a la exclusión*, 2ª ed., DIBAM, Santiago de Chile, 2003 [2000].
- PINTO, Jorge, "Al final de un camino. El mundo fronterizo en Chile en tiempos de Balmaceda (1860-1900)", *Revista Complutense de Historia de América*, nº 22, 1996, pp. 287-322.
- PYM, Richard, *The Gypsies of Early Modern Spain, 1425-1783*, Palgrave Macmillan, Houndmills y Nueva York, 2007.
- RAMÍREZ-HEREDIA, Juan de Dios, "La lengua gitana: recuperación del romanó-kaló", *I Tchatchipen*, nº 2, 1993, pp. 35-37.
- RAMÍREZ-HEREDIA, Juan de Dios, "La dramática situación del romanó en España: un controvertido reto para su recuperación", *O Tchatchipen*, nº 58, 2007, pp. 22-29.
- RELAÑO PASTOR, Eugenia, "Una valoración del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa en su quinto aniversario", *Migraciones*, nº 17, 2005, pp. 185-214.
- REMIRO BROTONS, Antonio *et al.*, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional Público*, vol. 1 “Principios Fundamentales”, Tecnos, Madrid, 1983.
- REQUENA CASANOVA, Milán, “TEDH – Sentencia de 08.12.2009, *Muñoz Díaz c. España*, 49151/07 – Artículos 12 y 14 CEDH – Derecho a contraer matrimonio – Discriminación por motivos étnicos – Matrimonio gitano – Artículo 1 del Protocolo nº 1 – Pensión de viudedad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 36, 2010, pp. 563-578.
- RETAMAL ÁVILA, Julio, “La República indígena en la larga perspectiva histórica”, en Eduardo CAVIERES FIGUEROA (ed.), *Entre continuidades y cambios. Las américas en la transición (s. XVIII a XIX)*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2006, pp. 305-315.
- RHEINHEIMER, Martin, *Pobres, mendigos y vagabundos. La supervivencia en la necesidad 1450-1850*, traducción de Carlos Martín Ramírez, Siglo XXI, Madrid, 2009.
- RINGOLD, Dena, Mitchell A. ORENSTEIN y Erika WILKENS, *Roma in an expanding Europe. Breaking the poverty cycle*, Banco Mundial, Washington D.C., 2005.
- RODLEY, Nigel S., “Conceptual problems in the protection of minorities: international legal developments”, en David WEISSBRODT y Mary RUMSEY (eds.), *Vulnerable and marginalised groups and human rights*, Cheltenham y Northampton, 2011, pp. 185-208.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, “Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 16, 2007, pp. 6-10.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, “El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad: comentario de urgencia a la STDEH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 2010.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis, “La OIT y los pueblos indígenas: una introducción histórica”, en José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES e Ignacio ZARAGOZA ÁNGELE (coords.), *Pueblos indígenas y tribales: respeto, participación y consulta*, Plaza y Valdés, México D.F., 2008, pp. 105-132.
- ROJAS BASTIDAS, Daniel, *Análisis conceptual del derecho a la tierra de los pueblos indígenas según el Derecho internacional*, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2014.
- ROJAS PEDEMONTE, Nicolás y Omar MIRANDA, “Dinámica sociopolítica del conflicto y la violencia en territorio mapuche. Particularidades históricas de un nuevo ciclo en las relaciones contenciosas”, *Revista de Sociología*, nº 30, 2015, pp. 33-69.
- RÖNQUIST, Anders, “The Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities”, *Helsinki Monitor*, vol. 6, nº 1, pp. 38-44.
- ROTH, Stephen, “Toward a Minority Convention: its need and content”, en Yoram DINSTEIN y Mala TABORY (eds.), *The protection of minorities and human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, pp. 83-116.
- ROUSSO-LENOIR, Fabienne, “¿Derechos de las minorías o igualdad?”, traducción de Cristina García Pascual, en Luis PRIETO SANCHÍS (coord.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 135-145.

- RÖVID, Márton, "One-size-fits-all Roma? On the normative dilemmas of the emerging European Roma policy", *Romani Studies* 5, vol. 21, nº 1, 2011, pp. 1-22.
- RUIZ VIEYTEZ, Eduardo, *Minorías, Inmigración y Democracia en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- RUIZ VIEYTEZ, Eduardo, "El Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales", en Felipe GÓMEZ ISA (dir.) y José Manuel PUREZA, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 513-526.
- SALAZAR, Gabriel y Julio PINTO, *Historia contemporánea de Chile II. Actores, identidad y movimiento*, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 1999.
- SALINAS ALCEGA, Sergio, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Iustel, Madrid, 2009.
- SAN ROMÁN, Teresa, *La diferencia inquietante, Viejas y nuevas estrategias culturales de los gitanos*, Siglo XXI, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ, María Helena, *Los gitanos españoles. El período borbónico*, Castellote, D.L., Madrid, 1977.
- SÁNCHEZ-RODAS Navarro, Cristina, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al Rito Gitano", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, nº 18, 2010, pp. 127-146.
- SANDLAND, Ralph, "Developing a jurisprudence of difference: the protection of the human rights of travelling peoples by the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, nº 8, 2008, pp. 475-516.
- SANHUEZA, Cristián, Daniel SABER, James CAVALLARO, Jorge CONTESE, y César RODRÍGUEZ GARAVITO, *No nos toman en cuenta: pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2013.
- SARIVAARA, Erika, Kaarina MAATTA y Satu UUSIAUTTI, "Who is indigenous? Definitions of indigeneity", *European Scientific Journal*, edición especial vol. 1, diciembre de 2013, pp. 369-378.
- SCELLE, Georges, "Quelques réflexions sur l'abolition de la compétence de guerre", *Revue Générale de Droit International Public*, 1954, pp. 5-22.
- SCHMITT, Carl, *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*, Madrid, 1979.
- SELLERS, Mortimer (ed.), *The new world order. Sovereignty, human rights, and the self-determination of peoples*, Berg, Oxford y Washington, 1996.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Teoría del Estado*, 13ª ed., Porrúa, México D.F., 1990 [1959].
- SERRANO, Sol, "De escuelas indígenas sin pueblos a pueblos sin escuelas indígenas: la educación en La Araucanía en el siglo XIX", *Historia*, vol. 29, 1995-1996, pp. 423-474.
- SIERRA, Lucas, "La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo", *Revista Estudios Públicos*, nº 92, pp. 19-27.

- SMITH, Anthony, *Nationalism: theory, ideology, history*, Polity Press, Cambridge, 2001.
- SOBERO, Yolanda y Rafael CALDUCH CERVERA (dir.), *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2006.
- SORIANO, Ramón, *Historia temática de los derechos humanos*, Editorial MAD, Sevilla, 2003.
- ST. LEGER, James, *The "Etiam si Diaremus" of Hugo Grotius. A study in the origins of International law*, Typis Pontificiae Universitatis Gregorianae, Roma, 1962.
- STADTMÜLLER, Georg, *Historia del Derecho internacional público*, Parte I, Aguilar, Madrid, 1961.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, "Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos", en Mikel BERRAONDO (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 21-28.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, "El sistema internacional de los derechos indígenas", en José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES (coord.), *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Pueblos Indígenas: X Jornadas Lascasianas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2001, pp. 121-147.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, "Los derechos indígenas. Algunos problemas conceptuales", *Revista IIDH*, vol. 15, 1992, pp. 123-143.
- STEKETEE, Frank, "The Framework Convention: a piece of art or a tool for action?", *International Journal on Minority and Group Rights*, nº 8, 2001, pp. 1-15.
- THORNBERRY, Patrick, "The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations, and an Update", en Alan PHILLIPS y Allan ROSAS (eds.), *Universal minority rights*, Åbo Akademi University Institute for Human Rights y Minority Rights Group (International), Turku/Åbo y Londres, 1995, pp. 13-76.
- THORNBERRY, Patrick, *International law and the rights of minorities*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- TOLEDO, Víctor, "En segura y perpetua propiedad: notas sobre el debate jurídico sobre derechos de propiedad indígena en Chile, siglo XIX", ponencia presentada en el *Seminario Internacional sobre Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: tendencias internacionales y realidad local*, UFRO-IEI, Temuco, 2003.
- TOMASELLI, Alexandra, "El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Chile: avances y desafíos", *Iberoamericana. Nordic Journal of Latin American and Caribbean Studies*, vol. XLIII, nº 1-2, 2013, pp. 113-142.
- TONIATTI, Roberto, "Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 58, fascículo 2, 2000, pp. 17-48.
- TONIATTI, Roberto, "Minoranze e minoranze protette. Modelli costituzionali comparati", en Tiziano BONAZZI y Michael DUNNE (eds.), *Cittadinanza e diritti nelle città multiculturali*, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 273-307.
- TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro, *Minorías y multiculturalidad en Austria*, Dykinson, Madrid, 2007.
- TORRES-SALINAS, Robinson *et al.*, "Desarrollo forestal, escasez hídrica, y la protesta social mapuche por la justicia ambiental en Chile", *Ambiente & Sociedade*, vol. XIX, nº 1, enero-marzo 2016, pp. 121-146.

- TRAMONTANA, Enzamaría, "The contribution of the Inter-American Human rights bodies to evolving International law on indigenous rights over lands and natural resources", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 17, 2010, pp. 241-263.
- TRICOT NOVOA, Luis, *El movimiento mapuche autonomista. Una aproximación desde las teorías de los movimientos sociales, focalizada en las ideas de mundo mapuche y país mapuche*, tesis doctoral dirigida por Jorge Larraín, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2011.
- TRIMIKLINIOTIS, Nicos y Corina DEMETRIOU, "The Cypriot Roma and the failure of education: anti-discrimination and multiculturalism as a post-accession challenge", en Andrekos VARNAVA, Nicholas COUREAS y Marina ELIA (eds.), *The minorities of Cyprus: development patterns and the identity of the internal-exclusion*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle-upon-Tyne, 2009, pp. 241-264.
- TSEKOS, Mary Ellen, "Minority rights: the failure of International law to protect the Roma", *Human Rights Brief*, nº 9, 2001-2002, pp. 26-29.
- VAN COTT, Donna Lee, *The friendly liquidation of the past: the politics of diversity in Latin America*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 2000.
- VAN DEN BOGAERT, Sina, "State duty towards minorities: positive or negative? How policies based on neutrality and non-discrimination fail", *Zeitschrift für ausländisches Recht und Volksrecht*, vol. 64, 2004, pp. 37-64.
- VAN GENUGTEN, Willem y Camilo PÉREZ-BUSTILLO, "The emerging international architecture of indigenous rights: the interaction between global, regional, and national dimensions", *International Journal on Minority and Group Rights*, nº 11, 2004, pp. 379-409.
- VAUX DE FOLETIER, François de, *Mille ans d'histoire des tziganes*, Fayard, París, 1970.
- VERGARA, Jorge Iván, Hans GUNDERMANN y Rolf FOERSTER, "Legalidad y legitimidad: ley indígena, Estado chileno y pueblos originarios (1989-2004)", *Estudios Sociológicos*, vol. XXIV, nº 2, 2006, pp. 331-361.
- VERMEERSCH, Peter, "EU enlargement and minority rights policies in Central Europe: explaining policy shifts in the Czech Republic, Hungary and Poland", *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 1/2003, pp. 1-32.
- VICUÑA MACKENNA, Benjamín, *La guerra a muerte*, Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1868.
- VIDAL, Josep Juan y Enrique MARTÍNEZ RUIZ, *Política interior y exterior de los Borbones*, Istmo, Madrid, 2001.
- VILLALOBOS, Sergio, "Tres siglos y medio de vida fronteriza", en Sergio VILLALOBOS, Carlos ALDUNATE, Horacio ZAPATER, Luz María MÉNDEZ y Carlos BASCUÑÁN, *Relaciones fronterizas en la Araucanía*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1982, pp. 9-64.
- VITORIA, Francisco de, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, 1532. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=466> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- VOLPP, Leti, "The indigenous as alien", *UC Irvine Law Review*, vol. 5, nº 2, 2015, pp. 289-325.

- VVAA, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas: la situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Fundación para el Debido Proceso Legal y Oxfam, Washington D.C. y Lima, 2011.
- WELLER, Marc, *The rights of minorities. A commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- WHITMORE, Andy, “Los pueblos indígenas y las industrias extractivas”, en Felipe GÓMEZ ISA y Mikel BERRAONDO (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 207-244.
- WOUTERS, Jan y Tom RUYS, “Security Council reform: a new veto for a new century?”, Working Paper nº 78, Instituto de Derecho Internacional, Universidad Católica de Lovaina, junio de 2005. Disponible en www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP78e.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- WRIGHT, Jane, “The OSCE and the protection of minority rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 18, 1996, pp. 190-205.
- WRIGHT, Jane, “Minority Groups, Autonomy, and Self-determination”, *Oxford Journal of Legal Studies*, nº 19, 1999, pp. 605-629.
- YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy, “Análisis: Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA”, 11 de junio de 2016. Disponible en el sitio web del IWGIA <https://www.iwgia.org/es/noticias-alerta/284-archivos-de-noticias/2415-analisis-declaracion-americana-de-derechos-de-los> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- ZABALA Y LERA, Pío, *España bajo los Borbones*, 3ª ed., Labor, Barcelona, 1936 [1926].
- ZAVALA, Silvio, *La encomienda indiana*, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1935.
- ZELADA MUÑOZ, Sara y James PARK KEY, “Análisis crítico de la Ley Lafkenche (nº 20.249). El complejo contexto ideológico, jurídico, administrativo y social que dificulta su aplicación”, *Universum*, vol. 28, nº 1, 2013, pp. 47-72.
- ZENTENO BARROS, Julio, *Recopilación de Leyes y Decretos Supremos sobre colonización*, Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1892, p. 131. La obra está disponible en línea en archive.org/details/recopilacindele00barrgoog [última visita: 27 de octubre de 2017].

2. Documentos de Organismos Internacionales

- ACMN, Informe sobre la situación de los romaníes en el área OSCE, 14 de septiembre de 1993. Disponible en <http://www.osce.org/hcnm/36441?download=true> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- ACMN, Informe sobre la situación de los romaníes en el área OSCE, 10 de marzo de 2000. Disponible en www.osce.org/hcnm/32350?download=true [última visita: 27 de octubre de 2017].

- AGNU, Resolución 260 A (III) "Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio", 9 de diciembre de 1948.
- AGNU, Resolución 217 A (III) "Declaración Universal de Derechos Humanos", 10 de diciembre de 1948.
- AGNU, Res 2106 A (XX) "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial", 21 de diciembre de 1965.
- AGNU, Resolución 96 (I) "El crimen de genocidio", 11 de diciembre de 1966.
- AGNU, Resolución 2200 A (XXI) "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", 16 de diciembre de 1966.
- AGNU, Resolución 36/55 "Declaración Sobre la Eliminación de toda las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la religión o las Convicciones", 25 de noviembre de 1981.
- AGNU, Resolución 44/25 "Convención sobre los Derechos del Niño", 20 de noviembre de 1989.
- AGNU, Resolución 47/135 "Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas", 18 de diciembre de 1992.
- AGNU, Resolución A/RES/54/263, "Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía", y "Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados", 25 de mayo de 2000.
- AGNU, Resolución 61/295, "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", 13 de septiembre de 2007.
- AGNU, Resolución A/RES/66/138, de 19 de diciembre de 2011, "Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones."
- ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, "Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", AG/Res. 2888 (XLVI-O/16), 14 de junio de 2016.
- ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 1201, de 1 de febrero de 1993, Protocolo adicional sobre los derechos de las minorías al CEDH.
- ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 1557 (2002), de 25 de abril de 2002, sobre la situación legal de los romaníes en Europa.
- ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 1623 (2003), de 29 de septiembre de 2003, sobre los derechos de las minorías nacionales.
- ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, "The situation of Roma in Europe and relevant activities of the Council of Europe", AS/Jur (2008) 29rev, 3 de septiembre de 2008.
- ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 1924 (2010), de 22 de junio de 2010, sobre la situación de los romaníes en Europa y actividades relevantes del Consejo de Europa.

ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 2003 (2012), de 28 de junio de 2012, sobre los migrantes romaníes en Europa.

BANCO MUNDIAL, *Manual de operaciones. Directriz operacional 4.20*, septiembre de 1991. Disponible en www1.ifc.org/wps/wcm/connect/b60a30004885573ebbc4fb6a6515bb18/OD420_Spanish.pdf?MOD=AJPERES [última visita: 27 de octubre de 2017].

BANCO MUNDIAL, “Brief: Roma”, 24 de febrero de 2015, www.worldbank.org/en/region/eca/brief/roma [Última visita: 27 de octubre de 2017].

CERD, Recomendación General nº 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, de 22 de agosto de 1997.

CERD, Decisión 2 (54) sobre Australia, A/54/18, de 18 de marzo de 1999.

CERD, Observaciones sobre Estados Unidos de América, A/56/18, de 13 agosto de 2001.

CERD, Recomendación General nº 31, sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, 65º periodo de sesiones, 24 de agosto de 2004.

CIDH, Informe nº 30/04, petición 4617/02, solución amistosa entre Mercedes Huenteano y otras, y Chile, 11 de marzo de 2004. Disponible en www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Chile.4617.02.htm [última visita: 27 de octubre de 2017].

CIDH, “Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto de sus derechos humanos”, OEA/Ser.L/II. Doc.47/13, 30 de diciembre de 2013. Anexo del Informe Anual de 2013. Disponible en www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Informe-Pueblos-Indigenas-Aislamiento-Voluntario.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

CIDH, “Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá”, OEA/Ser.L/II. Doc.30/14, 21 de diciembre de 2014. Anexo del Informe Anual de 2014. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mujeres-indigenas-BC-Canada-es.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

CIDH, “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015. Anexo del Informe Anual de 2015. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Resolución 2001/57, de 24 de abril de 2001, “Derechos humanos y cuestiones indígenas.”

COMISIÓN EUROPEA, Marco Europeo de Estrategias Nacionales de Integración de los Gitanos, IP11/400, 5 de abril de 2011. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-400_es.htm?locale=en [última visita: 27 de octubre de 2017].

COMISIÓN EUROPEA, *Roma health report. Health status of the Roma population. Data collection in the member states of the European Union*, Unión Europea, agosto de 2014.

- COMISIÓN EUROPEA, *Eurobarometer on Discrimination 2015: general perceptions, opinions on policy measures and awareness of rights*, ficha de datos publicada en octubre de 2015 y disponible en ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/factsheet_eurobarometer_fundamental_rights_2015.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- COMITÉ CONSULTIVO CMPMN, Opinión sobre Hungría, 22 de septiembre de 2000, ACFC/INF/OP/I(2001)004.
- COMITÉ CONSULTIVO CMPMN, Opinión sobre Malta, 30 de noviembre de 2000, ACFC/INF/OP/I(2001)006.
- COMITÉ CONSULTIVO CMPMN, Opinión sobre San Marino, 30 de noviembre de 2000, ACFC/INF/OP/I(2001)007.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General nº 11, CRC/C/GC/11, de 12 de febrero de 2009, “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.”
- COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación Nº R (2000) 4, de 3 de febrero de 2000, sobre la educación de los niños romaníes en Europa.
- COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación Rec(2001)17, de 27 de noviembre de 2001, sobre la mejora de la situación económica y laboral de los romaníes e itinerantes en Europa.
- COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación Rec(2005)4, de 23 de febrero de 2005, sobre la mejora de las condiciones de vivienda de los romaníes e itinerantes en Europa.
- COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación Rec(2006)10, de 12 de julio de 2006, sobre el mejor acceso a la salud pública para los romaníes e itinerantes en Europa.
- COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación CM/Rec(2008)5, de 20 de febrero de 2008, sobre políticas para los romaníes e itinerantes en Europa.
- COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación CM/Rec(2009)4, de 17 de junio de 2009, sobre la educación de romaníes e itinerantes en Europa.
- COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, *Informes de los Estados parte bajo el artículo 9 de la Convención: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, 19º informes periódicos de los Estados partes en 2007, Grecia, 7 julio 2009, CERD/C/GRC/16-19, p. 9. Disponible en www.refworld.org/docid/4aa7b7562.html [última visita: 27 de octubre de 2017].
- COMITÉ SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, Informe Anual sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, A/62/48, 1 de agosto de 2007.
- COMITÉ SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, Informe Anual sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, A/63/48(SUPP), 1 de enero de 2008.
- CONFERENCIA GENERAL DE LA UNESCO, Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 14 de diciembre de 1960.

- CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, Declaración y Programa de Acción de Viena, 25 de junio de 1993.
- CONSEJO DE EUROPA, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950.
- CONSEJO DE EUROPA, Carta Europea para las Lenguas Regionales y Minoritarias, 5 de noviembre de 1992.
- CONSEJO DE EUROPA, ACMN de la OSCE y EUROPEAN MONITORING CENTER ON RACISM AND XENOPHOBIA, “Breaking the Barriers – Romani Women and Access to Public Health Care”, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2003, p. 7. Disponible en http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/180-ROMA-HC-EN.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2000/43/EC, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº L 180, de 19 julio de 2000, pp. 22-26.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco legal para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº L 303, de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Diario Oficial de la Unión Europea nº L 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12-18.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Diario Oficial de la Unión Europea nº L 16, de 23 de enero de 2004, pp. 44-53.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS, Resolución E/RES/2000/22, de 28 de julio de 2000, “Establecimiento de un foro permanente para las cuestiones indígenas.”
- CSCE, “Acta Final de Helsinki”, 1 de agosto de 1975.
- CSCE, Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana, 29 de junio de 1990.
- CSCE, Documento de Helsinki “El desafío del cambio”, de 10 de julio de 1992, Declaración de la Cumbre de Helsinki.
- CSCE, Documento de Budapest “Hacia una auténtica asociación en una nueva era”, de 6 de diciembre de 1994 (versión corregida de 2 febrero 1995).
- EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, “Living conditions of the Roma: substandard housing and health”, Eurofound, Dublín, 2012. Disponible en: eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2012/02/en/1/EF1202EN.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- FRA, *Segunda encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación. La población romaní: resultados principales*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2016.

- FRA, *Fundamental Rights Report 2017*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2017.
- FRA y PNUD, *The situation of Roma in 11 EU Member States. Survey results at a glance*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2012.
- OEA, Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, 1948. En *Conferencias Internacionales Americanas*, Segundo Suplemento, 1945-1954, Washington D.C., Unión Panamericana, 1956. Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2001.pdf> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- OEA, Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.
- OIT, Constitución de la OIT, de 1919. Disponible en www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO [última visita: 27 de octubre de 2017].
- OIT, Convenio nº 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 28 de junio de 1930.
- OIT, Convenio nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989.
- ONU, Convenio sobre la Diversidad Biológica, 5 de junio de 1992.
- ONU, Programa 21, aprobado en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (UNCED), en Río de Janeiro (Brasil), entre el 3 y el 14 de junio de 1992. Disponible en www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter26.htm [última visita: 27 de octubre de 2017].
- OSCE, Documento de Estambul, 19 de noviembre de 1999.
- OSCE, Documentos de la Undécima Reunión del Consejo Ministerial, 1 y 2 de diciembre de 2003, Decisión nº 3/03, MC.DEC/3/03.
- PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 28 de abril de 2005, sobre la situación de la población romaní en la Unión Europea, P6_TA(2005)0151.
- PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 1 de junio de 2006, sobre la situación de las mujeres romaníes en la Unión Europea, P6_TA(2006)0244.
- PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 31 de enero de 2008, sobre una estrategia europea relativa a la población romaní, P6_TA(2008)0035.
- PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 11 de marzo de 2009, sobre la situación social de los romaníes y su mejor acceso al mercado de trabajo en la UE, P6_TA(2009)0117.
- PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 9 de septiembre de 2010, sobre la situación de la población gitana y sobre la libre circulación en la Unión Europea, P7_TA(2010)0312.
- PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 9 de marzo de 2011, sobre la estrategia de la UE para la integración de la población romaní, P7_TA(2011)0092.
- PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 12 de diciembre de 2013, sobre los progresos en la aplicación de las estrategias nacionales de integración de la población romaní, 2013/2924(RSP).
- SEGUNDA CONFERENCIA MUNDIAL PARA COMBATIR EL RACISMO Y LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, Declaración y Programa de Acción, en *Report of the Second World Conference to combat Racism and Racial Discrimination*, Ginebra, 1-12 de Agosto de 1983,

A/CONF.119/26, Naciones Unidas, Nueva York, 1983, párr. 21, p. 15. Disponible en https://digitallibrary.un.org/record/67160/files/A_CONF.119_26-EN.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

UNIÓN EUROPEA, Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº C 340, de 10 de noviembre de 1997, pp. 1-144.

UNIÓN EUROPEA, Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de diciembre de 2007. Diario Oficial de la Unión Europea nº C 306, de 17 de diciembre de 2007, pp. 1-248.

UNESCO, Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, 14 de diciembre de 1960.

UNESCO, Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, de 27 de noviembre de 1978.

UNESCO, Final Report and Recommendations of the International Meeting of Experts on further study of the concept of the rights of peoples, 22 de febrero de 1990, SHS-89/CONF.602/7. Disponible en: unesdoc.unesco.org/images/0008/000851/085152eo.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

3. Informes sobre Chile

STAVENHAGEN, Rodolfo, *Misión a Chile. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. U.N. Doc. E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003.

ANAYA, James, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. U.N. Doc. A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre de 2009.

EMMERSON, Ben, *Misión a Chile. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, U.N. Doc. A/HRC/25/59/Add.2, 14 de abril de 2014.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, CCPR/C/CHL/CO/6, 13 de agosto de 2014.

4. Informes sobre España

GOBIERNO DE ESPAÑA, Informe sobre el cumplimiento del CMPMN, 19 de diciembre de 2000, ACFC/SR (2000) 5.

- GOBIERNO DE ESPAÑA, Informe sobre la aplicación de la Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias, 2002. Disponible en: www.coe.int/t/dg4/education/minlang/Report/PeriodicalReports/SpainPR1_es.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- Opinión del Comité Asesor del CMPMN sobre España, 27 de noviembre de 2003 ACFC/INF/OP/I(2004)004.
- Comentarios del Gobierno de España a la Opinión del Comité Asesor sobre la puesta en práctica del CMPMN, 30 de septiembre de 2004, GVT/COM/INF/OP/I(2004)004. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/minorities/country-specific-monitoring> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- CONSEJO DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución ResCMN(2004)11, sobre la puesta en práctica del CMPMN por parte de España, 30 de septiembre de 2004. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=778227&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- CONSEJO DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución ResCMN(2008)1, sobre la puesta en práctica del CMPMN por parte de España, 2 de abril de 2008. Disponible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1269615&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- CONSEJO DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución ResCMN(2013)4, de 10 de julio de 2013, sobre la puesta en práctica del CMPMN por parte de España. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2087331&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383#> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- CONSEJO DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución CM/ResCMN(2016)10, de 6 de julio de 2016, sobre la aplicación del CMPMN por parte de España. Disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806881e [última visita: 27 de octubre de 2017].
- GOBIERNO DE ESPAÑA, Informe nº 29 sobre la aplicación de la Carta Social Europea, RAP/Cha/ESP/29(2017), registrado el 19 de octubre de 2016.

5. Legislación Chilena

- Constitución Política de la República de Chile de 1822, de 30 de octubre, publicada en *Gaceta Ministerial de Chile*, nº 62, de 4 de noviembre de 1822.
- Constitución Política de la República de Chile de 1823, de 29 de diciembre, publicada en el *Boletín de las Leyes*, libro I, nº 20, de 1 de enero de 1824.
- Constitución Política de la República de Chile de 1828, de 8 de agosto, aviso publicado en el *Boletín de las Leyes*, libro IV, nº 1, de 11 de abril de 1828.

- Constituciones Políticas de la República de Chile, 1810-2015*, 2ª ed., Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 2015 [2005]. Disponible en <http://www.interior.gob.cl/media/2014/04/Constituciones1810-2015.pdf> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- Ley de 2 de julio de 1852, por la que se crea la provincia de Arauco. En Julio ZENTENO BARROS, *Recopilación de Leyes y Decretos Supremos sobre colonización*, Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1892, pp. 56-57.
- Ley de 4 de diciembre de 1866 “Fundación de poblaciones en territorio mapuche”. En Julio ZENTENO BARROS, *Recopilación de Leyes y Decretos Supremos sobre colonización*, Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1892, pp. 74-77.
- Ley de 15 de julio de 1869 “Se erigen en territorios de colonización los departamentos de Angol, Lebu é Imperial, deja Arauco de ser territorio de indígenas y se fija en Angol la capital de la provincia”. En Julio ZENTENO BARROS, *Recopilación de Leyes y Decretos Supremos sobre colonización*, Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1892, pp. 59-60.
- Ley de 4 de agosto de 1874, “Enajenación de terrenos litigiosos”. En Julio ZENTENO BARROS, *Recopilación de Leyes y Decretos Supremos sobre colonización*, Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1892, pp. 78-80.
- Ley de 20 de enero de 1883. Diario Oficial de la República de Chile, nº 1.766, de 28 de febrero de 1883, p. 557.
- Ley nº 180, de 19 de enero de 1894. Diario Oficial de la República de Chile nº 4.724, de 23 de enero de 1894.
- Ley nº 380, de 14 de septiembre de 1896. Diario Oficial de la República de Chile nº 5.509, de 21 de septiembre de 1896, p. 1.886.
- Ley nº 994, de 13 de enero de 1898. Diario Oficial de la República de Chile nº 5.906, de 19 de enero de 1898, p. 152.
- Ley nº 4.169, de 29 de agosto de 1927. Diario Oficial de la República de Chile nº 14.367, de 8 de septiembre de 1927, p. 3.819.
- Ley nº 4.802, de 24 de enero de 1930. Diario Oficial de la República de Chile nº 15.596, de 11 de febrero de 1930, p. 642.
- Ley nº 14.511, de 27 de diciembre de 1960. Diario Oficial de la República de Chile nº 21.835, pp. 17-23.
- Ley nº 15.020, de 15 de noviembre de 1962, “Reforma Agraria”. Diario Oficial de la República de Chile nº 25.403, de 27 de noviembre de 1962, pp. 2.501-2.514.
- Ley nº 16.640, de 16 de julio de 1967, “Reforma Agraria”. Diario Oficial de la República de Chile nº 26.804, de 28 de julio de 1967, pp. 2.713-2.760.
- Ley nº 17.729, de 15 de septiembre de 1972, “Establece normas sobre indígenas y tierras de indígenas. Transforma la Dirección de Asuntos Indígenas en Instituto de Desarrollo Indígena. Establece disposiciones judiciales, administrativas y de desarrollo educacional en la materia y modifica o deroga los textos legales que señala.” Diario Oficial de la República de Chile nº 28.362, de 26 de septiembre de 1972, pp. 3.893-2.899.

- Ley nº 18.314, de 16 de mayo de 1984. “Determina conductas terroristas y fija su penalidad.” Diario Oficial de la República de Chile nº 31.873, de 17 de mayo de 1984, pp. 2.354-2.355.
- Ley nº 19.027, de 31 de diciembre de 1990, “Modifica disposiciones de la Ley nº 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.” Diario Oficial de la República de Chile nº 33.876, de 24 de enero de 1991, pp. 1-2.
- Ley nº 19.253, de 28 de septiembre de 1993, “Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”. Diario Oficial de la República de Chile nº 34.683, pp. 2-8.
- Ley nº 20.193, de 30 de julio de 2007. “Reforma constitucional que establece los territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández.” Diario Oficial de la República de Chile nº 38.825, p. 3.
- Ley nº 20.249, de 31 de enero de 2008, “Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios.” Diario Oficial de la República de Chile nº 38.989, de 16 de febrero de 2008, pp. 3-4.
- Ley nº 20.467, de 5 de octubre de 2010, “Modifica disposiciones de la Ley nº 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.” Diario Oficial de la República de Chile nº 39.780, de 8 de octubre de 2010, pp. 1-2.
- Ley nº 20.488, de 3 de enero de 2011. Prorroga vigencia del Decreto Ley nº 701, de 1974, y aumenta incentivos a la forestación. Diario Oficial de la República de Chile nº 39.849, de 3 de enero de 2011, pp. 1-2.
- Decreto con Fuerza de Ley nº 266, de 20 de mayo de 1931. Decreto con Fuerza de Ley nº 266, de 20 de mayo de 1931. Diario Oficial de la República de Chile nº 15.983, de 29 de mayo de 1931, pp. 2.649-2.652.
- Decreto con Fuerza de Ley nº 56, de 25 de abril de 1953, “Crea la Dirección de Asuntos Indígenas, dependiente del Ministerio de Tierras y Colonización”. Diario Oficial de la República de Chile nº 22.549, de 16 de mayo de 1953, pp. 1.037-1.038.
- Decreto con Fuerza de Ley nº 340, de 5 de abril de 1960, “Reemplaza D.F.L. nº 210, del año 1931, sobre concesiones marítimas”. Diario Oficial de la República de Chile nº 24.613, de 6 de abril de 1960, pp. 886-887.
- Decreto Ley nº 701, de 15 de octubre de 1974, “Somete los terrenos forestales a las disposiciones que señala”. Diario Oficial de la República de Chile nº 28.988 A, de 24 de octubre de 1974, pp. 3.859-3.861.
- Decreto Ley nº 2.568, de 22 de marzo de 1979, “Modifica Ley nº 17.729, sobre protección de indígenas, y radica funciones del Instituto de Desarrollo Indígena en el Instituto de Desarrollo Agropecuario”. Diario Oficial de la República de Chile nº 30.326, de 28 de marzo de 1979, pp. 1.169-1.172.
- Decreto Ley nº 2.750, de 21 de junio de 1979, “Modifica el título I de la Ley nº 17.729, fijado por el artículo 1º del Decreto Ley nº 2.568, de 1979”. Diario Oficial de la República de Chile nº 30.410, de 10 de julio de 1979, p. 2.454.
- Decreto nº 109, de 14 de marzo de 1853, “Contratos sobre propiedades”, pp. 131-133. En Julio ZENTENO BARROS, *Recopilación de Leyes y Decretos Supremos sobre colonización*, Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1892, p. 131.

Decreto nº 100, de 17 de septiembre de 2005. “Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.” Diario Oficial de la República de Chile nº 38.268, de 22 de septiembre de 2005, pp. 5-26.

Decreto nº 134, de 29 de agosto de 2008, “Aprueba reglamento de la Ley nº 20.249 que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios.” Diario Oficial de la República de Chile nº 39.370, de 26 de mayo de 2009, pp. 8-10.

Decreto nº 124, de 4 de septiembre de 2009, “Reglamenta el artículo 34 de la Ley nº 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas.” Diario Oficial de la República de Chile nº 39.470, de 25 de septiembre de 2009, pp. 10-11.

Decreto nº 70, de 30 de octubre de 2012, “Aprueba reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.” Diario Oficial de la República de Chile nº 40.632, cuerpo I, pp. 8-42.

Decreto nº 66, de 15 de noviembre de 2013, “Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6º 1 letra a) y nº 2 del Convenio nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica.” Diario Oficial de la República de Chile nº 40.798, de 4 de marzo de 2014, cuerpo I, pp. 2-5.

6. Legislación Española

Constitución Española, Boletín Oficial del Estado nº 311, de 29 diciembre de 1978.

Instrumento de ratificación de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, Boletín Oficial del Estado nº 222, de 15 septiembre de 2001, p. 34733.

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. BOE nº 177, de 24 de julio de 1980, pp. 16.804-16.805.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado nº 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya nº 4680, de 20 de julio de 2006, pp. 31875-31904.

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 56, de 20 de marzo de 2007.

Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. Boletín Oficial de Aragón nº 47, de 23 de abril de 2007.

Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Boletín Oficial de Castilla y León nº 234/2007, de 3 de diciembre de 2007, Suplemento, pp. 2-16.

Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas. BOE nº 150, de 24 de junio de 1971, pp. 10.305-10.309.

- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE nº 172, de 20 de julio de 1981, pp. 16.457-16.462.
- Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materias de Seguridad Social. BOE nº 291, de 5 de diciembre de 2007, pp. 50.186-50.200.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE nº 158, de 3 de julio de 2015, pp. 54.068-54.201.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE nº 206, de 25 de julio de 1889.
- Real Decreto 33/1986, de 10 de enero. Boletín Oficial del Estado nº 15, de 17 enero 1986, pp. 2377-2380.
- Real Decreto 891/2005, de 22 de julio, por el que se crea y regula el Consejo Estatal del Pueblo Gitano. Boletín Oficial del Estado nº 204, de 26 agosto de 2005 pp. 29622-29625.
- Proposición no de ley sobre el reconocimiento del pueblo gitano, de 31 de mayo de 2017. BOCG Congreso de los Diputados nº D-179, de 22 de junio de 2017, pp. 16-19.
- Proposición no de ley relativa al reconocimiento y sensibilización de la ciudadanía sobre la memoria del holocausto gitano, de 12 de mayo de 2017. BOCG Congreso de los Diputados nº D-165 de 2 de junio de 2017, pp. 37-38.
- Proposición no de ley relativa al reconocimiento de los derechos del pueblo gitano, de 27 de septiembre de 2005. BOCG Congreso de los Diputados nº D-268, de 4 de octubre de 2005, pp. 9-10.

7. Jurisprudencia Internacional

- CorteIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001.
- Corte IDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, sentencia de 29 de abril de 2004.
- CorteIDH, Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia de 15 de junio de 2005.
- CorteIDH, Caso YATAMA vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005.
- CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005.
- CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo 2006.
- CorteIDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010.
- CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012.

Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012.

Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014.

Corte IDH, Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, sentencia de 14 de octubre de 2014.

TEDH, Caso Beard v. Reino Unido, solicitud nº 24882/94, 18 de enero de 2001.

TEDH, Caso Chapman v. Reino Unido, solicitud nº 27238/95, 18 de enero de 2001.

TEDH, Caso Coster v. Reino Unido, solicitud nº 24876/94, 18 de enero de 2001.

TEDH, Caso Jane Smith v. Reino Unido, solicitud nº 25154/94, 18 de enero de 2001.

TEDH, Caso Lee v. Reino Unido, solicitud nº 25289, 18 de enero de 2001.

TEDH, Asunto Muñoz Díaz c. España, demanda nº 49151/07, sentencia de 8 de diciembre de 2009.

8. Jurisprudencia Chilena

Anamaría Carmona Arredondo vs. Sandra Yasmín Vargas Sepúlveda, 23º Juzgado Civil de Santiago, Causa ROL C-4968-2013, fallo de 30 enero 2014.

Irma Antinao Deumacán vs. Peter Van Lancker Braun y otros, Juzgado de Letras de Lautaro, Causa ROL C-517-2014, fallo de 25 de mayo de 2015.

Gerardo Iván Castro Colihuinca vs. Tercera Compañía de Bomberos, Bomba Suiza de Lautaro, Juzgado de Letras de Lautaro, Causa ROL C-145-2015, fallo de 29 de febrero de 2016.

Juan Carlos Ñeguey Alcaman vs. Carlos Carvajal Castro y Germán Fierro Correa, Juzgado de Letras de Cañete, Causa ROL C-129-2015, fallo de 10 de junio de 2016.

Eduardo Núñez Camilo vs. Colegio Salesiano Manuel Arriarán Barros, 4º Juzgado Civil de San Miguel, Causa ROL C-132305-2016, fallo de 19 de junio de 2017.

9. Jurisprudencia Española

TSJ de Cataluña, sentencia 6818/1999, de 7 de octubre.

TSJ de Madrid, sentencia 637/2002, de 7 de noviembre.

TSJ de Cataluña, sentencia 7949/2002, de 12 de diciembre.

TSJ de Madrid, sentencia 499/2009, de 26 de junio.

TSJ de Extremadura, sentencia 568/2009, de 26 de noviembre.

TSJ de Extremadura, sentencia 107/2010, de 22 de febrero.

- TSJ de Andalucía, sentencia 2680/2011, de 16 de noviembre.
- TSJ de Galicia, sentencia nº 2129/2014, de 9 de abril.
- TSJ de Galicia, sentencia 2327/2014, de 25 de abril.
- TSJ de Cataluña, sentencia 3337/2014, de 7 de mayo.
- TSJ de Galicia, sentencia 2324/2016, de 16 de abril.
- TSJ de Andalucía, sentencia 1114/2016, de 28 de abril.
- TSJ de Andalucía, sentencia 1143/2016, de 28 de abril.
- TSJ de Andalucía, sentencia 1374/2016, de 8 de agosto
- TSJ de Cataluña, sentencia 1920/2017, de 17 de marzo.
- TSJ de Andalucía, sentencia 1188/2017, de 11 de mayo.

10. Otros Documentos Legislativos

- Constitution Act* de 1982, de 17 de abril 1982, art. 35.2. Disponible en el sitio web de la legislación del Gobierno de Canadá, en http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_E.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- Constitución de la República del Paraguay, de 20 de junio de 1992. Versión original firmada, disponible en el sitio de la Biblioteca y Archivo Central del Congreso de la Nación, en http://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].
- Constitución de la República del Ecuador, de 25 de julio de 2008. Registro Oficial nº 449, de 20 de octubre de 2008, pp. 8-80.
- Ley nº 904/81, de 18 de diciembre de 1981, Estatuto de las comunidades indígenas de Paraguay.
- Ley nº 23.302, de 30 de septiembre de 1985, sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes. Boletín Oficial de la República Argentina nº 25.803, de 12 de noviembre de 1985, pp. 1-3.
- Indian Act*, Revised Statutes of Canada, 1985, c. I-5. Disponible en el sitio web de la legislación del Gobierno de Canadá, en <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/I-5.pdf> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- Maori Land Act*, de 21 de marzo de 1993, Public Act 1993 nº 4, preámbulo. Disponible en el sitio web de la Oficina del Consejo Parlamentario de Nueva Zelanda, en <http://legislation.govt.nz/act/public/1993/0004/latest/whole.html> [última visita: 27 de octubre de 2017].
- Acta sobre el Parlamento Saami nº 974, de 17 de julio de 1995, sección 3. Disponible en el sitio web de la base de datos del Ministerio de Justicia de Finlandia, “Finlex Data Bank”, en <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1995/en19950974.pdf> [última visita: 27 de octubre de 2017].

Decreto de 18 de julio de 2001, por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o.; y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, tomo DLXXV, nº 10, de 14 de agosto de 2001, pp. 2-4.

Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de Italia, de 21 de mayo de 2008, “Dichiarazione dello stato di emergenza in relazione agli insediamenti di comunita' nomadi nel territorio delle regioni Campania, Lazio e Lombardia.” Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, nº 122, de 26 de mayo de 2008, p. 9.

Decreto Ley nº 22.175, de 9 de mayo de 1978, “Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva”. Diario Oficial El Peruano, de 10 de mayo de 1978.

11. Otros Documentos Políticos, Sociológicos y de Prensa

Acuerdo de Nueva Imperial, de 1 de diciembre de 1989. Disponible en www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_details/21-acuerdo-de-nueva-imperial-1989.html [última visita: 27 de octubre de 2017].

Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional, Ministerio de Desarrollo Social, 2013. Disponible en http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/documentos/Casen2013_Pueblos_Indigenas_13mar15_publicacion.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Editado por el Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas. Primera edición, Santiago de Chile, 2008. Disponible en http://www.memoriachilena.cl/602/articles-122901_recurso_2.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

“Mapuches deslegitiman el Plan Araucanía del Gobierno”, Diario Universidad de Chile, 22 de junio de 2012. Disponible en <http://radio.uchile.cl/2017/06/22/mapuches-deslegitiman-el-plan-araucania-del-gobierno> [última visita: 27 de octubre de 2017].

MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES E INTEGRACIÓN DE DINAMARCA, Presentación de la Estrategia Nacional de Inclusión de los Romaníes ante la Comisión Europea, Copenhague, 2011, p. 2. Disponible en internet en http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_denmark_strategy_en.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].

Nota del Gobierno de Chile disponible en su página web: www.gob.cl/presidenta-anuncia-plan-reconocimiento-desarrollo-araucania/ [última visita: 27 de octubre de 2017].

Síntesis de resultados del Censo de Población y Vivienda del 2002. Disponible en www.ine.cl/docs/default-source/FAQ/s%C3%ADntesis-de-resultados-censo-2002.pdf?sfvrsn=2 [última visita: 27 de octubre de 2017].

Síntesis de resultados del Censo de Población y Vivienda del 2012. Disponible en http://estudios.anda.cl/recursos/censo_2012.pdf [última visita: 27 de octubre de 2017].