



Derecho a la identidad y pertenencia étnica en el derecho internacional

Análisis de los proyectos de ley que buscan permitir la inclusión de la pertenencia étnica en la cédula de identidad

Autor

Matías Meza-Lopehandía G.
Email:
mmezalopehandia@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3965

Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputadas y Diputados en el marco de la discusión del Proyecto de ley que Modifica la ley N° 19.253 para reconocer el derecho de quienes tengan tal calidad a consignar en su cédula de identidad la etnia a que pertenecen (boletín N° 12.929-17, refundido con N° 11.823-17)

Resumen

El estándar internacional de derechos de los pueblos indígenas reconoce y protege la cultura indígena diferenciada, y en consecuencia, reconoce la identidad indígena, tanto en su dimensión colectiva como en su dimensión individual, y establece la obligación estatal de protegerla. En esta materia, la autonomía indígena y autoidentificación cobran un rol central, en tanto la identidad indígena no puede imponerse contra la voluntad del grupo ni contra la de la persona interesada.

Adicionalmente, los instrumentos examinados son enfáticos al establecer que el reconocimiento de la pertenencia étnica en ningún caso puede menoscabar el ejercicio de los demás derechos que les corresponden como personas y como indígenas, incluyendo la ciudadanía.

Los proyectos analizados proponen incluir la pertenencia étnica en ciertos documentos de identificación aunque con modalidades y alcances distintos. El estándar internacional podría requerir algunos ajustes a los proyectos de ley, en particular, que se trate siempre de un derecho del interesado y que en ningún caso, pueda su ejercicio o no ejercicio acarrear consecuencias para el disfrute pleno de los derechos que le correspondan.

N° SUP: 127994

Introducción

La Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputadas y Diputados se encuentra estudiando diversas iniciativas que proponen modificaciones a la Ley de Desarrollo Indígena N° 19.253 de 1993 (en adelante, LDI) que abordan distintas materias. Entre ellas está la propuesta de reconocer el derecho a incluir la pertenencia étnica de las personas indígenas en documentos de identidad y permitir fotografías con pertinencia étnica.¹

Por expreso encargo de la Comisión, se analiza el contenido de las propuestas, a partir del estándar internacional de derechos humanos en materia de identidad indígena. Para ello se analiza la protección de minorías culturales establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 sus normas relativas a la protección de elementos de la identidad, a partir de su texto y de la interpretación de sus normas realizada por su órgano de control a través de sus Comentarios Generales. Lo propio se hace con la Convención de Derechos del Niño de 1989, en tanto primer instrumento internacional que se refiere explícitamente al derecho a la identidad. Se analiza también la protección de la cultura e identidad indígena establecida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, referido específicamente a pueblos indígenas. Se incluye también jurisprudencia pertinente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comentarios Generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, órgano de control del tratado homónimo.

Además, se analiza la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de 2007 y la Declaración Americana sobre Derechos de Pueblos Indígenas de 2016. Se advierte que estos dos últimos instrumentos no constituyen tratados internacionales, sin embargo ambos fueron adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas y en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos respectivamente, por lo que constituyen al menos principios guías para los Estados suscribientes, entre los que figura Chile.

Cabe mencionar que la cuestión de la consulta previa indígena, abordada en los tres instrumentos sobre pueblos indígenas mencionados, no ha sido incluida en este informe. El tema ha sido ampliamente revisado en diversos informes BCN.²

El informe se estructura en dos partes. En la primera sección se describe el estándar internacional. Luego se dedica la segunda sección al análisis de los proyectos de ley a la luz de dicho estándar.

¹ Boletines N.º 11.823-17 y N.º 12.929-17, refundidos. Los otros proyectos buscan reconocer y proteger las prácticas consuetudinarias de comercialización indígena (boletín N.º 13.549-17) y consagrar la prescripción de la acción de nulidad absoluta contemplada de la LDI (boletín N.º 12.457-17). Sobre este último, existe un informe BCN (2020).

² La cuestión de las obligaciones del Congreso Nacional en relación con la consulta previa indígena está tratada en BCN (2018). El modo en que dichas obligaciones han sido abordadas en la práctica por el Congreso ha sido analizado en la sección III del informe BCN (2020b).

I. El derecho a la identidad en el derecho internacional de los derechos humanos

El diccionario de la Real Academia Española ofrece como una de las definiciones de la voz identidad al “[c]onjunto de rasgos propios de una *persona o colectividad* que los caracterizan frente a los demás”.³ Diversos autores han relevado el estrecho vínculo entre la dimensión individual de la identidad, referida a la persona, y su dimensión colectiva, relativa a grupos humanos.

Por una parte, se ha sostenido que el sentido de pertenencia a un colectivo permite al individuo situarse existencialmente y orientar así su propia vida. Dicho de otra manera, la pertenencia a una *cultura societal*, ofrece a la persona un contexto —una trama de significados, al decir de Peña⁴— para que sus decisiones individuales sean significativas.⁵ Como contracara, el ejercicio individual de esta pertenencia, depende de la capacidad colectiva del grupo para mantener su propia identidad cultural. Esto explica por qué tanto la cuestión de la pertenencia a minorías étnicas y/o culturales como la identidad individual, han sido objeto de protección del derecho internacional de los derechos humanos. A continuación se revisa brevemente ambas cuestiones.

1. La identidad colectiva indígena como objeto de protección

1.1. Identidad indígena y protección de la cultura indígena

La protección de la pertenencia de las personas a grupos culturalmente diferenciados ha estado presente en el derecho internacional de los derechos humanos desde la adopción, en 1966, del primer tratado sobre la materia: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ratificado por Chile en 1972. Este reconoce el derecho de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a mantener y practicar su propia vida cultural, religión y lengua “en común con los demás miembros de su grupo”.⁶

Si bien se trata de un derecho individual, esto es, un derecho reconocido a las personas, el Comité de Derechos Humanos, organismo encargado de vigilar la aplicación del Pacto, ha reconocido su dimensión colectiva, al afirmar que su ejercicio depende de la capacidad del grupo de mantener su cultura, religión o idioma, lo que exige que el Estado adopte medidas para proteger la identidad cultural del grupo.⁷

Con la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT (C169), se reconocieron derechos colectivos a los pueblos indígenas y tribales, reforzando así la protección de su identidad cultural. En efecto, su artículo 2.1 establece explícitamente la obligación de los Estados en orden a garantizar el respeto de la integridad de los pueblos indígenas. En este sentido, se ha sostenido que la protección de la integridad cultural es uno de los principios fundamentales del Convenio 169 de la OIT, lo que se manifiesta en diversas disposiciones.⁸

³ Real Academia Española, 2019. Énfasis añadido

⁴ Peña, 2001

⁵ El concepto enfatizado es de Kymlicka, 2006. En sentido similar Odello, 2012 y Taylor, 2001.

⁶ Art. 27 PIDCP. Una disposición análoga se encuentra en el artículo 30 de la Convención de Derechos del Niño de 1989.

⁷ CCPR, 1994.

⁸ En particular, en la protección de las tierras y territorios indígenas, fundada en la especial relación entre aquellas y

También la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2007, con la firma concurrente de Chile, establece la obligación estatal de prevenir y resarcir todo acto que prive a los pueblos indígenas de su integridad como pueblos diferenciados.⁹ La reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI), adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en 2016, con la concurrencia de Chile, reconoce explícitamente el derecho de los pueblos indígenas a la identidad e integridad cultural y a mantenerla.¹⁰

1.2. Identidad indígena y membresía

En materia de identidad indígena, el Convenio se limita a establecer los criterios para determinar qué grupo humano califica como pueblo indígena: (i) la continuidad histórica con el grupo originario, (ii) cierta continuidad sociocultural; y (iii) la “conciencia de su identidad indígena”.¹¹ Esta última cuestión es central, por cuanto supone que la identidad indígena no puede ser impuesta a un grupo, lo que se ve reforzado por la norma contemplada en el C169 que establece que las medidas de salvaguarda dirigidas a los pueblos indígenas, “no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”.¹²

La cuestión de qué personas pueden ser consideradas como miembros de tales grupos no está directamente tratada en el Convenio 169, aunque del mandato de protección de la integridad de las culturas e instituciones indígenas, se puede desprender un reconocimiento de un derecho a determinar sus propios criterios de membresía individual.¹³ En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la composición de una comunidad indígena, esto es, su membresía, es parte de la autonomía de los pueblos indígenas, y que el Estado debe respetarla.¹⁴

Junto a este entendimiento de la membresía del grupo como un derecho colectivo de aquel, el derecho internacional ha ido reconociendo un derecho individual concurrente, que puede entrar en tensión con el anterior. Se trata del derecho que tienen las personas a autoidentificarse como miembros de tales grupos. En este sentido el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, encargado de vigilar la aplicación del tratado homónimo ha señalado que “la manera en que se define la condición de miembro de un determinado grupo o grupos raciales o étnicos, [...] si nada justifica lo contrario, se basará en la definición hecha por la persona interesada”.¹⁵

La doble función de la auto identificación — como derecho colectivo a determinar la membresía del grupo y como derecho individual a la auto identificación — ha sido recogida en la DDPI. Conforme a esta, existe un derecho colectivo (de los pueblos indígenas) y también uno individual (de las personas indígenas) “a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y

la identidad indígena (Aylwin y otros, 2013).

⁹ Art. 8.2.a.

¹⁰ Arts. XIII y XXXI DADPI.

¹¹ Art. 1 C169.

¹² Art. 4.2. C169.

¹³ Cfr. art. 2 y 5 C169.

¹⁴ Corte IDH, 2010: párr. 37.

¹⁵ CERD, 1990.

costumbres de la comunidad o nación de que se trate”.¹⁶ Por su parte, DADPI reconoce el derecho de personas y comunidades indígenas a “pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo”.¹⁷

Cabe tener presente que en el ordenamiento jurídico chileno, es la Ley la que establece en forma taxativa qué personas son consideradas indígenas. En efecto, la Ley N° 19.253 de Desarrollo Indígena (LDI) establece tres fuentes de etnicidad y el modo en que operan.¹⁸

Significativamente, todos los instrumentos internacionales señalados advierten que el ejercicio del derecho a la identidad indígena, no menoscaba el ejercicio ni la titularidad de otros derechos. En ese sentido, el C169 señala, en términos generales, que las medidas especiales de protección que se adopten en favor de los pueblos indígenas, no deben menoscabar el “goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía”.¹⁹ De un modo más específico, la DDPI y la DADPI señalan que el ejercicio del derecho de pertenencia, “no puede resultar discriminación de ningún tipo”.²⁰ El primero de estos instrumentos agrega que “no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven”.²¹

2. La identidad individual indígena y la inscripción registral

En términos generales, el derecho humano a la identidad individual, entendido como el derecho a un nombre, una nacionalidad y a la inscripción registral inmediata, fue reconocido como un derecho del niño en el PIDCP.²² Luego, la Convención de Derechos del Niño de 1989 (CDN) reconoció explícitamente el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo los elementos señalados y agregando sus relaciones de familia.²³

A la luz de las obligaciones en materia del derecho a la identidad cultural, la obligación de inscripción inmediata adquiere contornos particulares en relación con los niños y niñas indígenas. En efecto, el Comité de Derechos del Niño, organismo encargado de vigilar la aplicación de la referida Convención, ha señalado que los niños indígenas pueden tener los nombres autóctonos que sus padres elijan y el Estado debe “velar por el derecho a preservar su identidad”.²⁴

En síntesis, el estándar internacional de derechos de los pueblos indígenas reconoce y protege la cultura indígena diferenciada, y en consecuencia, reconoce la identidad indígena, tanto en su dimensión colectiva como en la individual, y establece la obligación estatal de protegerla. En esta materia, la autonomía indígena y autoidentificación cobran un rol central, en tanto la identidad indígena no se puede imponer contra la voluntad del grupo ni contra la de la persona interesada. Adicionalmente, los

¹⁶ Art. 9 DDPI. En el mismo sentido, el artículo 30 del mismo instrumento. En un sentido similar, art. VIII DADPI.

¹⁷ Art. VIII DADPI.

¹⁸ Se trata de (i) la ascendencia; (ii) la pertenencia identitaria; y (iii) el matrimonio con persona indígena. En estos últimos dos casos, se exige la auto identificación y no operan respecto del pueblo maori rapa nui (BCN, 2020c).

¹⁹ Art. 4.3 C169.

²⁰ Arts. 9 DDPI y VIII DADPI.

²¹ Art. y 33.1 DDPI.

²² Art. 24 PIDCP

²³ Art. 7 y 8 CDN.

²⁴ CDN, 2009: párr. 44

instrumentos examinados son enfáticos al establecer que el reconocimiento de la pertenencia étnica en ningún caso puede menoscabar el ejercicio de los demás derechos que les corresponden como personas y como indígenas, incluyendo la ciudadanía.

II. Análisis de los proyectos a la luz del derecho internacional de pueblos indígenas

1. Breve exposición de motivos

Como se ha señalado en la introducción, existen dos proyectos que proponen modificaciones a la LDI en orden a incorporar el derecho a incluir en documentos de identificación aspectos relativos a la pertenencia étnica de personas miembros de pueblos indígenas oficialmente reconocidos por el Estado. Los autores del primer proyecto de ley presentado recuerdan que el Convenio 169 de la OIT, establece que la “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”. También invocan las disposiciones de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas que reconocen el derecho de toda persona indígena a pertenecer a un pueblo indígena, y el derecho de éstos a determinar su propia identidad y pertenencia. Seguidamente afirman que, en consecuencia, los instrumentos internacionales exigirían que los “instrumentos públicos del Estado” reconozcan la identidad indígena. Asimismo, recuerdan que la legislación vigente contempla un mecanismo para certificar la calidad indígena del interesado.

Al igual que el primer proyecto de ley, el segundo de ellos propone avanzar en la posibilidad de incluir en la cédula de identidad la pertenencia étnica. Sin embargo, su fundamentación enfatiza la alta proporción de la población nacional que se auto identifica como indígena, y el estancamiento del proceso de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Así, presenta la propuesta como una forma de reconocimiento oficial y entre pares, una reafirmación de la identidad indígena y como un mecanismo para simplificar trámites. Adicionalmente, agrega una garantía en torno al derecho a fotografiarse ante el Registro Civil con el atuendo propio de su cultura.

2. Análisis del contenido

Como se ha señalado, los proyectos proponen permitir la inclusión de la pertenencia étnica de las personas indígenas en ciertos documentos públicos, pero lo hacen de manera diferente y con distintos alcances.

El primero de ellos propone agregar una nueva letra al artículo 28 de la LDI, referido al alcance del “reconocimiento, respeto y protección de las culturas indígenas”. La nueva disposición que reconoce “[e]l derecho a que en los instrumentos públicos de identificación del Estado se consigne la calidad indígena y la etnia indígena a la que pertenece”, bastando para ello acompañar el certificado emitido por CONADI. En este punto, el segundo proyecto analizado propone agregar en el artículo 3° de la LDI, referido a la certificación de la calidad de indígena a través de CONADI, el derecho de toda persona indígena perteneciente a alguna de las principales etnias del país reconocida en la propia LDI, a incorporar su pertenencia étnica en la cédula de identidad.

El segundo proyecto configura explícitamente la nueva atribución como un derecho de “las personas consideradas indígenas según lo define la ley 19.253”. El primer proyecto no es claro en este punto, porque no establece con claridad quien es el titular del derecho. Aunque señala que “basta acompañar el certificado” emitido por CONADI, no explicita que es el interesado el único habilitado para solicitarlo, y al estar esta habilitación incluida en el artículo 28 sobre la protección de la cultura, podría entenderse como un derecho colectivo del grupo.

Como se ha visto, desde el punto de vista del derecho internacional, la cuestión de la autoidentificación de las personas con determinada etnia es central, por lo que podría ser pertinente estudiar si procede establecer con claridad que se trata de un derecho individual cuyo titular es el interesado.

Adicionalmente, el carácter voluntario del registro puede requerir de un refuerzo, a la luz del énfasis que los instrumentos internacionales ponen en que el ejercicio del derecho de pertenencia no implique discriminación ni un menoscabo en otros derechos. En este sentido, podría evaluarse establecer explícitamente que la inclusión de la calidad indígena y/o etnia en el documento de identidad no puede establecerse como requisito para ejercer los derechos y beneficios que el ordenamiento jurídico establece en favor de las personas indígenas reconocidas oficialmente como tales y que en ningún caso será motivo de discriminación.

En la tabla N° 1, se ofrece una comparación del contenido de ambos proyectos organizado en cinco criterios explicitados en la primera columna.

Tabla N° 1. Comparación de los proyectos de ley

Criterios	Boletín N° 11.823-17	Boletín 12.929-17
Titular del derecho	Persona indígena interesada	Persona indígena interesada
Derecho a incluir información étnica en documentación de identificación	Sí	Sí
Documentos sobre los que se ejerce el derecho	Todos los instrumentos públicos de identificación del Estado	Cédula de identidad
Información que se incluye	Calidad de indígena	Etnia a la que pertenece (reconocida en la Ley N° 19.253)
	Etnia a la que pertenece (reconocida en la Ley N° 19.253)	
Derecho a fotografía con pertenencia étnica	No	Sí

Elaboración propia

Las propuestas tienen un alcance distinto: la primera extiende la posibilidad de incluir dos cuestiones en la documentación señalada: (i) la calidad indígena del interesado; y (ii) la etnia a la que pertenece, aunque no queda claro si es posible pedir la inclusión de solo una de ellas. El segundo proyecto también

admite dos cuestiones, pero de carácter distinto: (i') la inclusión de la etnia en el documento respectivo (no la calidad indígena como algo separado) y (ii') un derecho a fotografía con pertinencia cultural.

Este último derecho, establecido como el deber del Registro Civil de abstenerse de obstaculizar “el derecho a fotografiarse, para la cedula [sic] de identidad, con el atuendo, vestimenta o adornos propios de la cultura o etnia reconocidas en la ley 19.253”, parece alinearse con el deber internacional general de proteger la cultura indígena, y particular con el modo en que el Comité de Derechos del Niño ha entendido los deberes estatales en materia de registro de identidad de niños indígenas, subrayando la obligación estatal de garantizar el derecho a preservar su identidad.

Bibliografía

- Aylwin, José, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez. (2013). Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago: Lom ediciones.
- BCN. (2018). Consulta Previa Indígena y Congreso Nacional. Estándar internacional y procedimiento de consulta en Chile. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2lobr> (octubre, 2020).
- (2020a). La nulidad absoluta en la Ley de Desarrollo Indígena. Análisis del proyecto: de ley que establece su imprescriptibilidad. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2lo22> (octubre, 2020).
- (2020b). Proyecto de ley que crea el Ministerio de Agricultura, Alimentos y Desarrollo Rural. Participación y consulta previa indígena. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2lo23> (octubre, 2020).
- (2020c). Reconocimiento del pueblo selk'nam. Antecedentes y análisis de los alcances legales del proyecto de ley. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. y Felipe Rivera P. Disponible en: <http://bcn.cl/2etix> (octubre, 2020).
- CCPR. (1994). Comentario General N° 23 (50) al artículo 27. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. Disponible en: <http://bcn.cl/2lnh3> (octubre, 2020).
- CERD. (1990). Recomendación general N° VIII relativa a la interpretación y la aplicación de los párrafos 1 y 4 del artículo 1 de la Convención. Disponible en: <http://bcn.cl/2lnhv> (octubre, 2020).
- CDN. (2009). OBSERVACIÓN GENERAL N° 11 (2009). Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. CRC/C/GC/11. Disponible en: <http://bcn.cl/2lnhw> (octubre, 2020).
- Kymlicka, Will. (1996). *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Editorial Piados.
- Odello, Marco. (2012). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas de América: Canadá y México. Editorial UNED.
- Diccionario de la lengua española. (2019). Identidad. En Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. Disponible en: <http://bcn.cl/2lnhy> (octubre, 2020).
- Peña, Carlos. (2001). Democracia y Minorías. *Pensamiento Constitucional* (PUCP). 7(7):387-417
- Taylor, Charles. (2001). *El Multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*. México: Fondo de Cultura Económica.

Sentencias

Corte IDH. 2010. Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay.

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)