

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Pueblos indígenas e identidad cultural. Análisis de un derecho humano para su reconocimiento constitucional

Indigenous peoples and cultural identity. Analysis of a human right for its constitutional recognition

LIZ DAIANA VALLEJOS ROA

Universidad Austral de Chile, Chile

RESUMEN El artículo pretende revisar los contenidos y alcances de la identidad cultural en el derecho internacional de los derechos humanos, entiendo este sistema de protección como el fundamento jurídico donde descansa este derecho y se hace obligatoria su protección. Se analizarán los diversos enfoques y obligaciones que otorgan estos instrumentos, entendiendo su coacción según sean instrumentos del *soft law* o *hard law* internacional. Se revisará a priori el principio de la libredeterminación y el concepto de pueblo indígena para comprender por qué serían sujetos de derecho. Luego, se esboza brevemente conceptos doctrinales de este derecho, para dar paso a su fundamento normativo. Luego, se analizarán las diversas definiciones dadas en distintos instrumentos internacionales, los contenidos que ha abordado la Corte IDH, y la Corte Europea de derechos humanos, demostrando el estándar internacional en la materia, como mínimos comunes a proyectar y cumplir en el Estado. Finalmente, se dirá que más que un derecho fundamental, es un derecho humano, y que,



Este trabajo está sujeto a una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional Creative Commons (CC BY 4.0).

reconocer libredeterminación a estos sujetos implica reconocer su identidad cultural, como un derecho humano, lo que obliga a los Estados a transformar sus estructuras para abrir espacios de ejercicio práctico de este derecho.

PALABRAS CLAVE Identidad cultural; derechos humanos; estado nación; pueblos indígenas; reconocimiento.

ABSTRACT The article aims to review the content and scope of cultural identity within international human rights law, understanding this protection system as the legal foundation that upholds this right and mandates its protection. The various approaches and obligations established by these instruments will be analyzed, considering their enforceability depending on whether they fall under soft law or hard law in the international framework. The principle of self-determination and the concept of Indigenous peoples will be examined to understand why they qualify as rights-bearing subjects. Subsequently, doctrinal concepts related to this right will be briefly outlined, followed by an exploration of its normative foundation. The study will then analyze the different definitions provided in various international instruments, as well as the content addressed by the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights, demonstrating the international standards on this matter as common minimums that States must project and uphold. Finally, the article argues that rather than being merely a fundamental right, cultural identity is a human right. Recognizing self-determination for these subjects implies acknowledging their cultural identity as a human right, which, in turn, obligates States to transform their structures to create spaces for the practical exercise of this right.

KEY WORDS Cultural identity; human rights; nation state; Indigenous villages; recognition.

Introducción

El reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas tras la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio 169 OIT), por parte de Chile en el año 2009, reveló las necesidades de los pueblos originarios de ejercer su libredeterminación¹ dentro del Estado, como también generó diversos debates públicos y académicos acerca de lo que significa para el Estado conceder estos espacios de poder. Entre las discusiones, los temas que han estado en la palestra, en lo principal, han sido los problemas que ha traído el reconocimiento de las prácticas, conductas culturales, costumbres e instituciones tradicionales² de pueblos indígenas para proponer una reforma al Estado, declarándolo un Estado multicultural, que reconozca las diferencias y que acceda al ejercicio práctico de la libredeterminación y los derechos correlativos a este principio.

Los patrones culturales, costumbres, tradiciones y en general los derechos culturales, se concretan en un derecho básico y fundamental para los pueblos indígenas, denominado por su contenido y alcance, el derecho fundamental a la identidad cultural (en adelante DFIC, o como diremos en las conclusiones, un derecho humano). Al respecto, debido al reconocimiento progresivo de Chile a los pueblos indígenas, sus derechos han sido introducidos en el ordenamiento jurídico de forma paulatina, mas no completa ni directa (y se mantienen aun sus resistencias al reconocimiento formal) a través de la jurisprudencia, invocando y relacionando su contenido y alcances a través de diversos instrumentos internacionales en la materia, vía control de convencionalidad³. A la vez, la jurisprudencia se respalda por la progresiva ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Convenio N° 169 OIT y las declaraciones de Naciones Unidas (NN.UU.) y de la Organización de Estados Americanos (OEA), ambas declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas, que permite a los diferentes órganos del Estado incluir en sus decisiones y políticas la solución a las necesidades de pueblos indígenas que cohabitan con la sociedad en general.

1. Se entiende por libredeterminación el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias formas de desarrollo y formas de vida, planteando que el Estado debe garantizar las condiciones necesarias para la subsistencia de estos. En este sentido: Faundes, 2015. Para otros, la libredeterminación es autonomía (Marileo, 2014; Rodríguez Garabito, 2006).

2. Por ejemplo, la posibilidad de crear instituciones de justicia propia, el derecho a la consulta, la elección de autoridades y su representación frente al Estado, etc.

3. Cuestión que ha estado en constante conflicto con jurisprudencia más áspera y estricta, que no incluye o considera el tratamiento internacional de estos derechos, de los que Chile es parte.

Sin embargo, las resistencias a su reconocimiento formal (no solo de este derecho a la identidad cultural), han generado las disputas de poder y debates acerca de la posibilidad (o no) de reconocer a los pueblos indígenas a nivel constitucional. Recordemos que durante el 2020 al 2022, en Chile, existió un proceso y una propuesta de reconocimiento constitucional que fue rechazada finalmente por un referéndum de salida⁴.

En particular, el derecho a la identidad cultural como un concepto en general, ampara un conjunto de referentes culturales con los que una persona o un grupo se identifica, los cuales por sí misma manifiesta identitariamente (Faundes & Vallejos, 2020, p. 107), y le permiten ser reconocido como miembro de un grupo o colectivo. La importancia radica en su contenido, ya que permite el ejercicio de otros derechos relacionados a él. La identidad cultural como derecho comprende, a su vez, dos derechos enlazados: el derecho a la identidad y el derecho a la cultura. Sin embargo, su definición y contenido no ha sido clara, si no gracias a los alcances brindados por las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que han recogido variados significados para progresivamente, dotarlo de contenido.

Ahora bien, teniendo en cuenta como antecedentes los avances jurídicos en materia de derecho de pueblos indígenas, y la progresiva aprobación de instrumentos internacionales en el ordenamiento interno chileno, se puede evidenciar la falta de un reconocimiento constitucional a dicho derecho. Bajo esta premisa, nuestra hipótesis es que esta falta de reconocimiento puede deberse en cierta medida, a las consecuencias que trae consigo reconocer la identidad ligada a un pueblo nación cultural, cuyo sujeto jurídico es distinto al conjunto de personas que componen el Estado unitario, las ideas sobre libredeterminación que se enraízan al mismo, y las disputas respecto al poder y la soberanía del Estado.

Por lo tanto y con todo lo anterior, este artículo pretende revisar los contenidos y alcances de la identidad cultural en el derecho internacional de los derechos humanos, entiendo este sistema de protección como el fundamento jurídico donde descansa este derecho y se hace obligatoria su protección. Se analizarán los diversos enfoques y obligaciones que otorgan estos instrumentos, entendiéndolos según sean instrumentos del *soft law* o *hard law* internacional. Para lo anterior, se revisará a priori el principio de la libredeterminación y el concepto de pueblo indígena para comprender por qué serían sujetos de derecho. Luego, se esboza brevemente conceptos doctrinales de este derecho, para dar paso a su fundamento normativo. En

4. En este sentido, los resultados y análisis fueron deplorables para quienes mirábamos con positiva perspectiva la propuesta constitucional. Al contrario, la sociedad veía la interculturalidad y los conceptos de plurinacionalidad como un problema, una incomodidad a nivel social que involucra un sesgo racista al reconocimiento de estos derechos a los pueblos indígenas.

este apartado, se analizarán las diversas definiciones dadas en distintos instrumentos internacionales, los contenidos que ha abordado la Corte IDH, y la Corte Europea de derechos humanos (en adelante TEDH), demostrando el estándar internacional en la materia, como mínimos comunes a proyectar y cumplir en el Estado. Se clasificará su contenido y alcance según los enfoques de diversos textos de derechos humanos que están abordando la identidad cultural. Finalmente, se dirá que más que un derecho fundamental, es un derecho humano, y que, reconocer libredeterminación a estos sujetos implica reconocer su identidad cultural, como un derecho humano, lo que obliga a los Estados a transformar sus estructuras para abrir espacios de ejercicio práctico de este derecho. Este enfoque, se dirá, traería problemas con la soberanía y el poder del Estado unitario hegemónico, que niega en algunos casos la obligatoriedad de cumplir el compromiso internacional debido a la “debilidad” de algunos instrumentos internacionales.

I. Reconocimiento del derecho a la libredeterminación de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos

La carta de NN.UU. (UNIDAS, 1948) firmada en 1946 reconoce el principio de igualdad de derechos y en especial el derecho a la libre determinación de los pueblos como fundamento de la paz mundial (UNIDAS, 1948, pág. art. 1° inc. 2°). Luego, en sucesivos tratados internacionales en materia de derechos civiles, políticos y sociales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – en adelante PIDCP-, y Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales – en adelante PIDESC-), se reconoce la libre determinación política, económica y cultural de los pueblos (Unidas A. c., 1966, pág. art. 1°).

Sin embargo, hasta ese momento, los temas respecto de comunidades indígenas eran tratados de forma individual, no reconociendo su calidad de naciones culturales ni menos como sujetos de derechos colectivos. Paralelamente, a nivel mundial y mayoritariamente en Latino América, se suscitaba un movimiento progresivo y robusto de la demanda de los pueblos indígenas por su reconocimiento como sujetos colectivo y particulares de derecho. En países como Guatemala, México y Bolivia, la población de personas que se reconocían como indígena era (y es) bastante numérica. En otros países como Ecuador, Argentina, Brasil, Honduras, comenzaron a sumarse a la demanda los pueblos indígenas que componen estos Estados, más allá de su cantidad poblacional. Al parecer, lo que concernía a la libredeterminación declarada en estos tratados internacionales y las palabras usadas como “minorías” y “etnias”, no satisfacían las demandas de la emergencia indígena que se suscitaba en aquella época y que hoy en día persiste.

Por el contrario, la posterior creación de los Protocolos facultativos del PIDCP, permitió al entonces Consejo de Derechos Humanos (CCDDHH) conocer casos de violación a este principio, pero alegado por las minorías étnicas. Tal es el caso de *Lovelace vs. Canadá* (1997), en el que una mujer perteneciente al pueblo Maliseet, contrae matrimonio con una persona no indígena y pierde su estatuto de tal calidad, conforme a la legislación canadiense. En esta oportunidad, la mujer denuncia la violación del PIDCP, alegando que se le discriminaba debido a su calidad de mujer, violando el derecho a la familia, religión, culto, vida privada, entre otros. Finalmente, el CCDDHH, indica que se viola el art. 27 de tal pacto, por cuanto la denegación de su pertenencia étnica ponía en peligro la conservación identitaria de la tribu. Como consecuencia de esta decisión, Canadá modifica su legislación en relación con la pérdida y obtención de la calidad de persona indígena y los consiguientes derechos de miles de mujeres indígenas privadas forzosamente a ellos (Anaya, 2005, p. 124).

Otro caso relevante es *Ominayak vs Canadá* (1980). En esta oportunidad, el jefe de la banda *Cree* alegó que el Estado de Canadá, al permitir que el Estado de Alberta expropiara tierras de este pueblo indígena para el desarrollo de una exploración petrolífera, había violado el art. 1° (derecho a la libredeterminación de los pueblos) y el art. 27 del PIDCP. Si bien el CCDDH no acogió las alegaciones del art. 1°, sí acogió la vulneración del art. 27, al señalar que los acontecimientos reclamados conformaban una amenaza al modo de vida y cultura de ese grupo minoritario⁵.

Se pueden seguir ejemplificando casos en que se disputa la libredeterminación y la identidad como un derecho⁶, para afirmar que este principio, si pudiese considerarse para aquellas colectividades humanas que articulan rasgos, tradiciones, lenguas, lazos primordiales en común, que ocupan y/o reivindican un territorio, que tienen instituciones propias y que su sobrevivencia depende de la práctica y puesta en marcha de derechos culturales y libredeterminación. El fundamento de ello sería la capacidad de estos grupos de organizarse y mantener régimen de desarrollo y progresos según atañen sus vidas y costumbres, que es a lo que apunta la libredeterminación de los pueblos.

5. Sin embargo, las medidas en contra del gobierno de Canadá no tuvieron mayores resultados dado que el Comité no señaló acciones concretas de ser adoptadas por Canadá para reparar la vulneración (Anaya, 2005, p. 123).

6. A estos casos le siguen otros muy parecidos en su fallo, como el caso *Länsman y otros vs. Finlandia* (1992), que afirma que las acciones del Estado de explotar territorios para la búsqueda de materias primas no deben afectar el desarrollo (en este caso, pastoreo) de los pueblos indígenas que ocupan y utilizan estos territorios (*Länsman Vs Finlandia*, 1992/ 2005. CCPR/C/83/D/1023/2001). Posteriormente en el 2005, se vuelve a revisar este caso a propósito de la tala de bosques en el territorio de la misma comunidad *Muotkatunturi*, por el que el CCPR indicó que era necesario que el Estado se haga cargo de medir los impactos acumulados de las diversas actividades emplazadas en los territorios indígenas. (*Länsman vs Finlandia*, 2005. CCPR/C/83/D/1023/2001).

De esta forma, considerando los lazos primordiales que unen a los grupos humanos con características similares, y su facultad para desarrollar sus vidas, se empiezan a gestar los primeros indicios para afirmar que, la libredeterminación pertenece a los pueblos, pero no solo a las Naciones Estados entendidas como Estados unitarios, sino que se da paso al concepto de “pueblo” y la posibilidad de comprender a los pueblos indígenas como una categoría normativa que los califica como sujetos de derechos colectivos. Bajo ese supuesto, la libredeterminación sí cabría en el plano interno de los Estados.

II. Los pueblos indígenas como sujetos de derecho en el derecho internacional

En Latinoamérica, la emergencia y lucha por las demandas indígenas ha sido cada vez más exigidas por las comunidades, tanto por el reconocimiento de su categoría normativa como de sus derechos. Si bien el Convenio 169 OIT, tratado internacional de derechos humanos que les protege como sujetos de derecho fue aprobado a finales de la década de los 80, no es menos cierto que la problemática relativa a los pueblos indígenas venía abordándose en el plano internacional hace décadas atrás⁷.

Sancionado en 1989 de forma internacional, el Convenio 169 OIT dio paso a las progresivas ratificaciones por los Estados que formaron parte de las negociaciones. En el caso de Chile, los intentos de diversos gobiernos por ratificar el acuerdo, en la década de los 90 y 2000, no dieron mayores resultados, sino hasta el año 2008, en que el gobierno de la expresidenta Michelle Bachelet, aprueba y ratifica el Convenio 169 OIT, entrando en vigor en el año 2009.

Si bien el Convenio 169 OIT es un tratado internacional de relevancia jurídica internacional, paralelamente a su aprobación, el derecho internacional comienza a abordar la cuestión de los pueblos indígenas a través de la regulación de sus derechos individuales, particularmente a través del derecho a la igualdad, libertad y no discriminación⁸.

A pesar de lo robusto de este tratado internacional, el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas en Naciones Unidas ha sido una temática que se ha gestado a través de diversos y lentos procesos. Uno de ellos, que forma parte de los hitos relevantes en la materia, fue el Estudio sobre el Problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, encargado en 1971, por la Subcomisión de prevención de

7. En el año 1957, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), primer órgano internacional que aborda de forma directa los derechos de los pueblos indígenas había adoptado un Convenio, el N° 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en países independientes. En este acuerdo, se hacen aplicables normas a los pueblos indígenas, desde el área laboral, dando un enfoque de la cuestión bajo un nuevo paradigma con énfasis evolucionista (Aylwin et al., 2013, p. 442).

8. No discriminación debido a su origen, raza, nacionalidad o cultura (Aylwin et al., 2013, p. 442).

Discriminaciones y Protección de las Minorías del Consejo Económico-Social de la ONU, a través del relator de la época, don José Martínez Cobo. En este informe, finalizado en 1987, el relator expone las condiciones de vulnerabilidad social, laboral, abandono, pobreza que afecta a estas “poblaciones”⁹, afirmando que estas condiciones eran creadas por el contexto social e histórico de discriminación, opresión y explotaciones hacia estos colectivos. En su análisis, incluye una relación completa de las normas e instituciones que se relacionan con los pueblos indígenas de la época, incluyendo un concepto de “pueblo indígena”¹⁰, que sería el cambio fundamental para hacer las transformaciones necesarias¹¹.

Así mismo, el relator de Naciones Unidas para los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, en su informe para esta comisión en el año 2002, gracias al amplio debate con diversos representantes de pueblos indígenas, daba cuenta de la falta de definición de las comunidades indígenas y de los problemas que se generaban a consecuencia de las diversas dinámicas y formas de vida y entendimiento del saber por parte de estas comunidades (Faundes, 2023, p. 341).

Estas dificultades trajeron como consecuencia la afirmación de que no existe, hasta la actualidad, un concepto claro de pueblos indígenas¹². Sin embargo, se puede resaltar su categoría normativa gracias a los diversos instrumentos internacionales que se suscriben en la materia (CV 169 OIT, DNUDI, DOEADPI). De allí que se afirma que “exista un *corpus iuris* internacional de los derechos de los pueblos indígenas” (Aylwin et al., 2013, p. 13).

9. Entre comillas para destacar que, a la época, los pueblos indígenas no eran entendidos como tales, si no como poblaciones, minorías, grupos en desventaja o pobres.

10. Martínez Cobo, lo define como “comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellas que, poseyendo una continuidad histórica con las sociedades pre-invasoras y pre-coloniales, que se desarrollaron en sus territorios, se consideran disimiles de otros sectores de las sociedades dominantes en aquellos territorios o parte de estos. Ellos componen actualmente sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base para su continuidad como pueblos en conformidad a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales” (Martínez, 1987, p. 63).

11. Con el cambio de términos entre “etnias” a “pueblos indígenas”, se logra otorgar a estos colectivos una categoría normativa dada por el derecho internacional, que les reconoce entre otras cosas, su calidad de sujetos de derechos colectivos e individuales, libredeterminación, y autonomía (Faundes, 2011, p. 571). El debate de un punto de vista de la filosofía política que es más profundo de la expresión pueblo.

12. Esta discusión incluso se ha generado dentro de los núcleos de comunidades indígenas, que discuten el origen de la palabra “indígena” haciendo un acercamiento al trato “indigente” de estos grupos. Sin embargo, la demanda indígena actual en Latinoamérica ha optado por utilizar el término estratégicamente, para consolidar los derechos del Convenio 169 que los trata como “pueblos indígenas”. En simples líneas, algunas comunidades reivindican su valor étnico, su valor originario, pero ninguno discute el valor jurídico de la palabra “pueblo indígena” al menos desde el reconocimiento internacional.

A pesar de lo anterior, y gracias al desarrollo jurisprudencial y doctrinario, el movimiento indígena y el reconocimiento internacional, hoy en día se afirma que los pueblos indígenas sí son sujetos de derecho. Así, al menos la doctrina ha definido a los pueblos indígenas como:

“aquellos colectivos humanos que comparten una continuidad histórica originaria o precedente a los Estados en los que habitan, se encuentran articulados por lazos primordiales de orden espiritual, social, cultural; poseen culturas, lenguas, diversidades étnicas, cultos o religiones, técnicas ancestrales, tradiciones artísticas, instituciones, formas de organización, regímenes jurídicos y de administración de justicia, propios. Así como, en gran parte de los casos, poseen o reivindican territorios, sus recursos naturales y un hábitat, enlazados con su cosmovisión, todo lo cual configura su identidad cultural” (Faundes, 2023, p. 341).

Esta definición, desarrollada en un cuerpo normativo internacional robusto, proveniente de diversos instrumentos internacionales (como veremos, tratados internacionales y declaraciones), permite establecer que estos pueblos son titulares de derechos, bajo una naturaleza tanto colectiva como individual. Estos derechos en general son la libredeterminación, derechos territoriales, derechos de participación, derecho a instituciones propias, y el que nos interesa en este estudio, el derecho a la identidad cultural.

III. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas y su reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos

En particular, respecto al derecho fundamental a la identidad cultural (en adelante DFIC), no hay instrumentos internacionales vinculantes que lo definan, pero sí ha sido desarrollado por la jurisprudencia internacional y por la doctrina especializada en el tema.

Es importante destacar que esta materia no solo el derecho se ha preocupado por una definición, sino que también en el marco de las ciencias sociales, la antropología ha intentado explicar los fenómenos que aportan estos conceptos para analizar la forma en que se relacionan los sujetos, cuestión que comprende a la vez, para la ciencia jurídica, el análisis sobre cómo articulamos las normas bajo ese comportamiento. Atendido lo anterior, pasaremos a revisar qué concepto de cultura, identidad¹³, y derecho a la identidad cultural se ha logrado y entendido en las ciencias sociales y jurídicas por diversos autores.

13. De forma resumida y precisa, pues lo que nos interesa, es la definición del derecho a la identidad cultural.

En cuanto a la definición de cultura, podemos definirla según la UNESCO como: “[...] el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias” (UNESCO, conferencia mundial sobre las políticas culturales, 1982).

La cultura sería una forma de vida que compartimos entre las personas que se relacionan en nuestros círculos cotidianos más cercanos, que adoptamos desde el nacimiento y aceptamos o modificamos, con el crecimiento biológico y nuestro círculo social.

Por otro lado, en cuanto a identidad, esta se define por Grimson como “un resguardo del sentido de pertenencia que un individuo tiene respecto de una determinada cultura” (Grimson, 2010, pp. 63-79). Por otra parte, la identidad en su sentido jurídico apunta a la protección de la cultura a la que pertenece el sujeto, como valor en sí mismo (Faundes, 2017, pp. 312-315)¹⁴.

Desde la perspectiva de la antropología jurídica¹⁵, se entiende la cultura, en palabras de Grimson, como “una trama de sentidos y significados transmitidos por símbolos, mitos, dichos, relatos, prácticas y reconstrucciones, que expresan una comprensión y reconstrucción del sentido de la totalidad de la existencia y de los sujetos entre sí” (Grimson, 2010, p. 66). En tanto que las culturas no solo son relativas a una sola comprensión y explicación del ser humano, sino que, según Salas “se abren a una dinámica de la existencia que se constituye en la dialéctica entre la autocomprensión de sí mismo y la hetero comprensión de los demás” (Salas, 2003, pp. 54-55)¹⁶.

14. Instrumentos internacionales han definido este término con este mismo sentido, por ejemplo, en la Declaración de los Derechos Culturales que se realizó en la Universidad de Friburgo Suiza, producto del estudio y apoyo de ONG junto a varias personas naturales, el concepto de cultura se define en términos de formas de vida, lenguas, saberes, artes, ideologías, instituciones y los valores a través de los cuales un individuo o una colectividad expresan su sensibilidad y el sentido que le dan a su existencia. (Declaración de derechos culturales de Friburgo, 2008, art. 2.a).

15. Se debe hacer la prevención que la definición desde esta disciplina es simplemente una aproximación sucinta sobre la cual volveré a referirme en profundidad en otro capítulo de la tesis en desarrollo.

16. La concepción clásica del siglo XX colocaba el énfasis en rescatar las “sobrevivencias culturales” previas al contacto con Occidente, con el objetivo de preservar las culturas que se encontraban en riesgo de desaparecer. Avanzado el siglo, se producen intercambios migratorios que demuestran un mapeo del tránsito espaciotemporal de las civilizaciones, relacionadas con los cambios tecnológicos y la globalización, que desde los años ochenta desarrolló una crítica que colocó el énfasis en la circulación, la permeabilidad, el carácter difuso de las fronteras e híbrido de las culturas. En la etapa posmoderna, algunos críticos consideraron que sería incorrecto mapear la diversidad como si no hubiera interacción y conflicto, pues ello generaba efectos de sustancialización, y, en consecuencia, considerar necesariamente que “cultura” implica producir alteridades y fabricar fronteras (Grimson, 2010, p. 67).

Pues bien, entrando a la definición concreta de los conceptos identidad y cultura como derechos, encontramos diversos autores que lo han estudiado. Ruiz Chiriboga ha abordado el concepto entendiéndolo como “el conjunto de referentes culturales con los que “una persona o un grupo se autodefine, se manifiesta y desea ser reconocido” (Ruiz Chiriboga, 2006, pp. 49 - 69). Esta definición comprende dos conceptos que se articulan entre sí, la identidad y la cultura. Hasta aquí, para el autor, la identidad cultural es una cuestión intrínseca del ser humano. Frente a esto, Ruiz contempla la posibilidad de que las diversas culturas e identidades se conviertan en una posibilidad híbrida del vivir, aclarando que el “DFIC también consiste en el cambio, la adaptación y la toma de elementos culturales de otras culturas y pueblos, en la inteligencia de que todo esto se haga de manera voluntaria, libre e informada por parte del grupo” (Ruiz Chiriboga, 2006, p. 46).

Con todo, sigue aclarando que la identidad cultural es un derecho, que es autónomo, con singularidad propia; un derecho “síntesis” que resguarda derechos individuales como colectivos (p. 47), tal como planteamos en Faundes y Vallejos al calificar este derecho como matriz y filtro hermenéutico (Faundes & Vallejos, 2020, p. 108).

Por otro lado, Del Carpio Rodríguez enfatiza que el derecho a la identidad cultural debe ser entendido como un derecho humano “que tiene toda persona o colectivo humano, a que se respete su realidad auténtica en las diferentes expresiones de la actividad humana (conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, usos y costumbres), en sus relaciones con otros grupos” (Del Carpio Rodríguez, 2014, p. 12).

Para otros autores, el concepto de identidad cultural tiene tejidos epistemológicos, por lo que, para Salas, “la identidad indígena se reconstruye permanentemente a través de la búsqueda de una identidad arraigada en contextos” (2007, p. 35) en “el marco de complejos procesos de tensión con el continuo encubrimiento ideológico por parte de una cultura hegemónica en el contexto de siglos de colonización” (Baltontin, 2019, p. 292).

Teniendo en consideración que este derecho ha recibido un tratamiento progresivo y “hermenéutico” (Faundes & Vallejos, 2020, p. 108), relacionándose con otras categorías jurídicas, la identidad cultural ha sido definida como un derecho concedido a los pueblos indígenas, sus miembros e individuos que conforman las comunidades “a vivir libremente, conforme su cultura y a ser reconocidos como diferentes en sus relaciones con otros grupos de la sociedad. Contiene el derecho a conservar su propia cultura, espiritualidad y referentes cosmogónicos, su patrimonio cultural tangible o intangible, su memoria histórica y su identidad presente; y el derecho a que se respeten y protejan sus conocimientos, lengua, creencias, artes, moral, religión, formas de justicia y organización” (Faundes, 2020; Fonet Betancourt, 2007; Del Carpio Rodríguez, 2014; Ruiz Chiriboga, 2006).

IV. Instrumentos internacionales. pactos y tratados que dotan de contenido a la identidad cultural como derecho

La identidad cultural en el derecho internacional de los derechos humanos

En particular y lo que respecta al análisis específico de este capítulo, el derecho a la identidad cultural está siendo objeto de estudio producto de las distintas transformaciones experimentadas en el derecho internacional de los derechos humanos y los progresivos reconocimientos dados en la materia. Resulta importante mencionar que, la regulación internacional de los derechos indígenas ha logrado instaurar y sistematizar estándares de protección tanto para comunidades como para individuos de pueblos indígenas.

Así, diversos instrumentos internacionales conciben a la identidad cultural como un principio relevante y/o un derecho humano y le aplican los resguardos de este tipo de normas. Se revisa a continuación los instrumentos internacionales de carácter general y específicos que tratan este derecho.

Instrumentos generales en el derecho internacional de los derechos humanos

Antes que todo, hay que aclarar que es necesario hacer referencia a la regulación general que incluye la identidad cultural, entiendo el derecho desde una perspectiva amplia, que involucra a todas las personas y su vivir, para luego pasar a definir en específico qué significaría una identidad cultural para los pueblos indígenas. Por ello es que se revisan a continuación los instrumentos internacionales de carácter general que protegen a toda la sociedad en su conjunto.

El PIDCP, en el considerando tercero de su preámbulo, reconoce que las personas no podrán desenvolverse y librarse del miedo y la miseria en su vida cotidiana, “a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales” (pág. cons. 3°). Llama la atención que este acuerdo internacional en su artículo número 1, disponga de inmediato que la libredeterminación es un derecho que tiene todo pueblo (de allí entonces las discusiones que se demostraron en el acápite anterior). Así, establecido que los pueblos indígenas son considerados naciones culturales, sí les aplicaría el artículo primero de este pacto, que prescribe:

“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” (p. 1°).

Sigue el mismo instrumento, y estableciendo las obligaciones a los Estados firmantes del mismo, dispone en su artículo 27 que, en los Estados en existan pueblos indígenas, grupos étnicos, religiosos y lingüísticos, no se les puede negar el derecho a “a tener su propia vida cultural”¹⁷.

Por su parte, el PIDESC, retoma algunos artículos del PIDCP, consagrando en su artículo N° 1 nuevamente la libredeterminación de los pueblos, para establecer artículos específicos para la identidad cultural, reconociendo en el artículo 15 el derecho a toda persona de “2. Participar en la vida cultural” (art. 15).

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), señala que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (art. 22) y que tiene derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad” (art. 27.1).

Acercándonos de a poco al foco de los sujetos que nos interesan, existe otro tratado internacional que regula con mayor determinación a la identidad cultural como derecho. Esta es la Convención para la Salvaguardia Del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003) que establece el derecho de los pueblos “a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones” (art. 33.1).

Por su parte, la Declaración Universal de la UNESCO sobre la identidad cultural del año 2001, define cultura como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias” (cons. 5to.).

Instrumentos especiales para pueblos indígenas

La Declaración de Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, refiere a la identidad cultural como un derecho, y lo comprende de la siguiente forma:

“Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate” (art. 9).

“Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas” (art. 11).

17. Prosigue el artículo indicando “(...) a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma” (Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 1966, art. 27).

“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven” (art. 33.1).

En tanto, el Convenio 169 de la OIT se refiere específicamente a las obligaciones estatales correlativas a este derecho y dispone que los gobiernos “deberán incluir medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones” (art. 2.2).

“Los pueblos indígenas deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (art. 7.1).

[...] los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación” (art. 13.1).

Otra declaración en el marco regional americano, La Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (DOEADPI) trata a la identidad cultural como un valor transversal, que involucra y une otros derechos como derechos de participación, territorios, consulta, autoidentificación, etc. (art. 13).

V. *Soft law*. La importancia de las declaraciones en materia de derechos humanos y la obligatoriedad de su cumplimiento

En el derecho internacional aún se mantiene la discusión respecto de la fuerza obligatoria y vinculante de las normas e instrumentos clasificados como *soft law* internacional. Es importante establecer cuál es su importancia y relevancia de considerarlas fuentes del derecho internacional, toda vez que en materia de identidad cultural y su abordaje como derecho, podemos identificar variados instrumentos que pertenecen a la clasificación doctrinal del “*soft law*”, permitiendo a una gran parte de publicistas y a aquellos que niegan el carácter de derecho a la identidad cultural, argumentar la fuerza no vinculante de estos instrumentos, permitiendo así el desarrollo de teorías que permiten establecer el no cumplimiento por parte del Estado de estas declaraciones por carecer de fuerza vinculante obligatoria.

Para ello, hay que tener en cuenta primero que, la clasificación de instrumentos internacionales deviene por el hecho de su fuerza jurídica: existirían instrumentos que son vinculantes para los Estados, en que su cumplimiento es obligatorio, debido a la forma y solemnidades para recepcionar el derecho internacional en sus ordenamientos internos, a través de normas de remisión del DIP consagradas mayormente en las

Constituciones, y que adecúan la norma internacional en el ámbito interno para su cumplimiento (Díaz, 2023, p. 137).

Por otro lado, existen aquellos instrumentos internacionales que solo son declarados, firmados, o aprobados por los diversos sujetos de DIP, pero que no entran al sistema de fuentes internos de manera formal o como lo establece el derecho internacional, por lo que se entienden como “derecho suave” (*soft law*). En estricto rigor, serían todas aquellas actuaciones que no entran en la lista del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁸. Por ejemplo, podrían ser instrumentos de *soft law* las declaraciones, recomendaciones y resoluciones emanadas de organismos internacionales, los informes de revisión, observación y seguimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

Sin embargo, la valoración de esta clase de instrumentos, más allá de su falta de fuerza vinculante u obligatoriedad por las razones antes expuestas, son realmente importantes a la hora de aplicar los derechos o hacer ejecutar otras obligaciones internacionales relacionadas en la materia (principio del efecto útil). En este punto, lo que se intenta decir es que su utilidad radica en la interpretación, eficacia práctica y rol en la formación de normas generales del derecho internacional, como indica Pastore, representando así un modo de uso flexible y útil para los Estados, tutores de su soberanía (Pastore, 2014, p. 77), para conjugar la norma obligatoria que, en la mayoría de los casos, es siempre general, con el instrumento más específico y práctico, y así lograr dos cosas: no dejar de cumplir el derecho internacional y no perder la esfera de poder de su soberanía (Pastore, 2014, pp. 79-80).

Otro argumento relevante para fortalecer la importancia de estos instrumentos es que normalmente el contenido de una norma de *soft law* trae consigo declaraciones y establecimiento de principios¹⁹, regulando así los diferentes estándares de protección de derechos humanos y permitiendo ejecutar en la práctica las diversas políticas a las que se obliga el Estado para el bienestar social. En simples palabras, siguiendo a Faundes, este tipo de declaraciones deja de ser considerado un “derecho blando”, pasando a ser más bien derechos vinculantes en lo pragmático, que permiten proteger los derechos humanos que cautela, de forma progresiva y constante en el tiempo (Faundes, 2013, p. 94).

Retomando lo anterior (la importancia del *soft law*), y su relación con la identidad cultural como derecho fundamental, es importante señalar que este derecho lo encontramos reconocido de forma expresa en la ya mencionada Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural (2001), DNU DPI, DOE DPI, y en la Con-

18. Bajo el entendido que este estatuto regula las fuentes formales, principales y secundarias del derecho internacional público (Pastore, 2014, p. 76).

19. Entendiendo los principios como objetivos comunes a lograr, como normas incondicionadas, sin estructura lógica, pero que es relevante en la persecución de fines comunes en la comunidad internacional.

vención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003). Siguiendo el orden, debemos indicar que las tres primeras serían “fuertemente vinculantes”, pues se trataría de instrumentos de *soft law*; en el caso de la segunda deberá revisarse si ha sido ratificada caso a caso (porque corresponde a un tratado internacional).

Es así como, para dar fundamento jurídico internacional a este derecho, será necesario articular estas fuentes con los instrumentos especiales para los pueblos indígenas (Faundes & Vallejos, 2020, p. 114), como se ha revisado en el acápite anterior. De esa forma, se da sustento jurídico internacional a la identidad cultural de los pueblos indígenas, considerando el abanico de instrumentos vinculantes y no vinculantes en la materia.

En consecuencia, si bien es posible afirmar la existencia de un DFICPI desde las fuentes de alcance general en el derecho internacional público, universales y específicas para los pueblos indígenas, este ejercicio siempre requerirá un esfuerzo de exegesis (Faundes & Ramirez, 2020, p. 45), es decir, es fundamental dar un concepto, establecer un contenido, limitar sus alcances y extensión, establecer titulares de este, entender la naturaleza jurídica, etc. (Faundes & Vallejos, 2020, p. 115). Para lo anterior, es indispensable su tratamiento jurisprudencial y la revisión del estándar internacional que se ha sostenido por el Sistema Interamericano de derechos humanos (en adelante SIDH) y, además, una pequeña reseña de su tratamiento en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

VI. Corte IDH. Jurisprudencia y estándar internacional del derecho fundamental a la identidad cultural.

La Corte IDH ha interpretado de forma progresiva la protección de este derecho establecida en los instrumentos regionales americanos, pese a no contar inicialmente con instrumentos específicos que se refirieran a la identidad cultural. Para ello se ha servido de sus facultades hermenéuticas (es decir, atribuciones que puede ejercer por el hecho de ser Corte IDH y los instrumentos que le otorgan estas facultades), contempladas en los artículos 29 y siguientes de la Convención Americana. Esto ha generado una variada y robusta jurisprudencia interamericana en la materia.

Desde el año 2001, con el fallo Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, se refería la Corte IDH a este derecho. Sin embargo, cabe mencionar que antes de esto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) ya había suministrado insumos para su elaboración y protección interamericana en tres asuntos: *Caso Guaibos con Colombia* (1972), *Caso de los Yanomami del Noroeste de Brasil* (1985), y *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (1996).

Es aproximadamente en el año 2005, con el fallo de la Comunidad *Moiwana vs. Suriname*, en que la Corte IDH profundiza en la conexión normativa existente entre el DFIC, la libertad de conciencia y religión (que ya se venía reconociendo de ma-

nera emergente en los casos Bámaca Velásquez y de la Comunidad Plan de Sánchez fallados por la misma Corte entre 2000 y 2004).

En este fallo, la Corte IDH reafirma la dimensión colectiva de la identidad cultural, en especial a partir del reconocimiento de un daño de carácter inmaterial –“daño espiritual”– que afecta una subjetividad compleja (de los vivos con sus muertos) de “proyección intergeneracional” como forma especial y “agravada de daño moral” que por su propia naturaleza es imposible de indemnizar, pero que sí desarrolla innovadas modalidades de reparación colectiva, precisamente, respecto de dicho daño espiritual de naturaleza cultural²⁰.

En el mismo sentido, el juez Cançado Trindade en su voto individual señaló que:

“[...] el desarraigo afecta, en última instancia, al derecho de una identidad cultural que compone el contenido sustantivo o material del derecho a la vida misma lato sensu”²¹; “[la memoria colectiva de este pueblo queda] debidamente preservada, contra el olvido, en honor a sus muertos, protegiendo su derecho de vida lato sensu, incluyendo el derecho a una identidad cultural, que se manifiesta en sus reconocidos lazos de solidaridad con los muertos” (Caso *Moiwana vs Surinam*, 2005, p. 122).

En el mismo año, pero en el caso *Yakie Axa vs Paraguay*, la Corte IDH considera la vinculación de los distintos derechos ligados al principio de igualdad. Al respecto señala que:

“La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” (2006, p. 79).

En 2007, en el caso *Saramaka Vs Surinam*, el fallo de la Corte IDH sostiene la importancia de la relación entre el territorio y la identidad cultural de los pueblos indígenas, reforzando la titularidad de los derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios y recursos naturales que ocupan y han ocupado tradicionalmente, durante siglos, para prevenir la extinción de estos y conservar “la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo *Saramaka*” (2007, p. 25).

20. Voto particular juez Cançado Trindade en Corte IDH, Caso Comunidad Indígena *Moiwana vs. Surinam*, 2005, Cons. 78.

21. Voto particular juez Cançado Trindade en Corte IDH, Caso Comunidad Indígena *Moiwana vs. Surinam*, 2005, Cons. 13.

Con posterioridad, y gracias al precedente recopilado en los fallos mencionados, en el año 2012, la Corte IDH se atreve de manera más robusta y específica a definir el derecho a la identidad cultural, en el caso *Sarayaku vs Ecuador*, de la siguiente forma:

“La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”²².

Sin duda, las repercusiones de este tipo de fallos son significativas, porque permiten afirmar que la identidad cultural es un derecho fundamental. Esto originaría para los Estados la obligación, por ejemplo, de garantizar a los pueblos indígenas el derecho a la consulta, es decir, garantizar un derecho que tienen los pueblos indígenas toda vez que el Estado o particulares realicen actos que puedan interesar o que incidan en sus formas de vida, identidad, intervención en territorios, recursos; con la particularidad de que esta sea previa, libre e informada, y llevada a cabo de acuerdo a los protocolos de valores, usos, costumbres y formas de organización propia de estos pueblos (2012, p. 25). En el mismo sentido, el Convenio N.º 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas 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” (Organización Internacional del Trabajo, 1989, pág. cons. 5to).

Por otro lado, resulta trascendental que la Corte IDH dote de contenido a un derecho que estaba en ascuas y en una constante discusión sobre su valor fundamental, la que se zanja a partir de este fallo y otros posteriores, como en el caso *Xukuru vs Brasil* (2018), y caso *Lhaka Honath vs Argentina* (2021), en los que reafirma que, siendo un derecho fundamental, la identidad cultural sería un derecho matriz para el ejercicio de otros derechos, por su relevancia en la conservación de instituciones y decisiones sobre el territorio, las tradiciones, formas de vida, etc., cuestiones amparadas también por el derecho a la libre determinación (Caso pueblo xukuru vs Brasil, 2018, p. 188).

22. CORTE IDH, Caso Comunidad Indígena *Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, 2012, parr. 217, p. 68. La Constitución de 2008 reconoce el derecho a la autodeterminación de diversas formas, entre otras, al declarar que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho a “mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social, por el cual la Constitución garantiza el respeto y la promoción de las costumbres e identidad de los pueblos indígenas en todos los órdenes de la vida” (art. 21, 57).

VIII. Estándar internacional creado por la Corte IDH

Debido a la enriquecida cantidad de sentencias de la Corte IDH en esta materia, se ha logrado sistematizar su jurisprudencia en un estándar internacional que sirve de *check list* a la hora de establecer este derecho por los ordenamientos jurídicos. En este sentido, el estándar generado por la Corte IDH se vuelve necesario y útil, toda vez que su orden y cotejo, como mínimos fundamentales que debe cumplir el Estado para su incorporación interna, permite que este derecho sea enlazado con otros derechos que protege, como el derecho a la consulta, el derecho a los territorios, los derechos culturales, de participación, entre otros. Esta sistematización, se puede resumir en los siguientes puntos centrales (Faundes & Vallejos , 2020, p. 138):

- a) Este derecho tendría su origen y se desarrolla básicamente desde la dignidad humana. Los titulares principales del mismo serían los pueblos indígenas reconocidos en los instrumentos internacionales en la materia²³. De la misma forma, la naturaleza del derecho a la identidad cultural adopta una forma individual y una forma colectiva (Faundes & Vallejos , 2020, p. 138).
- b) Además, este derecho tendría una base religiosa, cultural, espiritual, inmaterial, ligada –al mismo tiempo y esencialmente– a las tierras, territorios y recursos naturales en que habitan estos pueblos.
- c) El contenido material y normativo de este derecho se encuentra en los variados instrumentos que se refieren a pueblos indígenas, y otros referidos a la cultura y la identidad de los pueblos y la auto determinación. Sin embargo, el contenido propio de la identidad cultural es inalienable en la dimensión colectiva del derecho a la sobrevivencia de los pueblos indígenas, principio para tener en cuenta para la resolución de casos.
- d) En consecuencia, la afectación de derechos es multidimensional, pues si se vulneran derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales, a la vez se afecta el derecho a la supervivencia de estos pueblos y el derecho a la vida e integridad de sus miembros.

En cuanto a sus alcances e implicancias, para Faundes y Vallejos, la Corte IDH ha sido clara en plantear las obligaciones a los Estados que se relacionan con la identidad cultural, y siguiendo el sentido del cumplimiento de sus fallos, ha establecido que (Faundes & Vallejos , 2020, p. 138):

23. Zanjando de esta forma la discusión sobre los derechos de todas las personas a su identidad y a su cultura. Cuestiones discutidas también por la antropología y la sociología jurídica, pero que escapan del contenido que se pudiera debatir en términos jurídicos.

- a) Este derecho entra en tensión con la concepción de la propiedad privada desarrollada por los Estados unitarios, toda vez que la identidad cultural se relaciona con el territorio y las diversas formas de ocupar, reivindicar y restituir el entorno. Será deber del Estado armonizar este derecho con proyectos de inversión y los conflictos que se presentan en territorios indígenas y que afectan la supervivencia y autodeterminación de los pueblos indígenas.
- b) En el mismo sentido, es el Estado quien debe implementar medidas concretas y eficaces para resguardar las condiciones necesarias para la sobrevivencia y reproducción de los sistemas sociales de los pueblos indígenas (Art. 34 y 35 Convenio 169 OIT).
- c) La identidad cultural como derecho, irradia y protege otros derechos fundamentales analizados por la Corte IDH, tales como derechos territoriales, de participación política, de consulta y consentimiento, de autoidentificación, etc. En consecuencia, si se restringe este derecho, se viola el ejercicio de otros.

IX. Corte Europea de Derechos Humanos. Breves diferencias al tratamiento de la identidad cultural dado en el contexto latinoamericano

Así como existe un sistema regional de protección de derechos humanos a nivel americano, también existe un sistema similar en el continente europeo, que se compone de una Comisión Europea de Derechos Humanos y un Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), que ejerce jurisdicción sobre los países que componen el sector geográfico, con algunas diferencias al sistema regional americano, pero con el mismo objetivo, velar por la protección de derechos humanos. Así, resulta interesante al menos, observar lo que sucede en este sistema respecto a la identidad cultural, debido a que su tratamiento, si bien es diferente, por diversos factores que se explicarán, no es menos relevante, ya que es posible considerar un diálogo a niveles internacionales entre Cortes que intenten formar un estándar internacional en la materia y que se interrelacionen al momento de decidir casos.

Así, primero que todo, hay que tener en cuenta que el TEDH no comprende de forma inmediata la identidad cultural como un derecho humano o fundamental. Mas bien, el TEDH ha entendido que la identidad y las tradiciones se encuentra dentro del conjunto de derechos sociales y culturales, en específico el derecho a las propias creencias, religión y confesión religiosa, lo que lleva a salvaguardar la diversidad cultural. A su vez, asume que, en estos temas, a diferencia de la Corte IDH, estos derechos no se reducen al ámbito de aplicación a los pueblos indígenas como sujeto exclusivo de estos derechos, si no que amplía la protección a grupos “vulnerables” minorías étnicas o culturales²⁴.

Por otro lado, recordemos que el sistema europeo no sigue las mismas lógicas de resolución que el sistema interamericano. A diferencia de este, el TEDH ocupa la doctrina del margen de apreciación, en el que permite a los Estados, a través de sus tribunales nacionales, resolver la generalidad de los conflictos con prioridad antes de su sometimiento al TEDH. Es así como, respecto a los problemas de identidad, las cuestiones han sido resueltas bajo el acápite de derechos culturales, debido a que, en estas materias, el sistema europeo no ha logrado definir un “consenso europeo democrático” (García Roca, 2010, pp. 15-53,25), dejando al TEDH como último intérprete subsidiario en caso de no resolver estas cuestiones a nivel nacional (Faundes, 2022, p. 56).

En suma, el margen de apreciación nacional, como doctrina utilizada por la jurisprudencia nacional europea puede ser aprovechado - y así ha sido - para limitar el alcance del control del Tribunal Europeo y con ello impedir o acotar el avance “en el desarrollo de categorías que, por una parte, no se encuentran expresamente contenidas en el CEDH y, por otra, en que existen diferencias de entendimiento dentro del Consejo de Europa” (García Roca, 2010, pp. 91-93).

Con todo, el tratamiento y las decisiones que se han gestado en el seno del TEDH en esta materia, demuestran que al menos de forma incipiente puede concretarse un derecho a la identidad cultural en el Consejo EDDHH. Así, este derecho lo relacionan principalmente con ciertos asuntos que son los que han tenido mayores conflictos para fallar con justicia dentro del margen de los Estados. Entre estos asuntos po-

24. Este tratamiento diferenciado en el sistema europeo se debe a que, en primer lugar, los pueblos originarios de la geografía que barca este continente, no tienen las mismas demandas de reconocimiento como es conocido y demandado en América Latina. Ello ocurre, entre otras razones, porque o no se reconocen, o su reconocimiento es implícito en los Estados internos. Sin embargo, bajo la jurisdicción del TEDH, existe una realidad social que se origina por la globalización y el tránsito de personas, en la que se mezclan identidades culturales, debido a diversos procesos, principalmente la migración de personas desde diversos puntos hacia países europeos, la diferencia cultural entre occidente y oriente europeo y la diversidad interna de países que en su formación acogieron disímiles identidades.

demos mencionar: vida privada y familiar²⁵, vinculando este derecho con formas de vida tradicional (art. 8 CEDH)²⁶; Derecho a la lengua y educación²⁷ (art. 14 CEDH en relación con art. 2 del protocolo 1 del mismo CEDH); La libertad religiosa (regulando y legitimando, por ejemplo, los casos de matrimonio romaní (Caso Muñoz Diaz con España, 2009), art. 9 del CEDH, en relación al art. 1 del Protocolo N° 1 y al art. 14 del CEDH); uso de atuendos religiosos o tradicionales que cubren el rostro o identidad de una persona – quijab o burka- u otros símbolos religiosos, en relación con el derecho a la libertad de conciencia y religión²⁸ (art. 9 y 14 CEDH).

Como podemos apreciar, comparando con el Sistema Interamericano, el TEDH ha dejado a los Estados que resuelvan conforme a sus ideas de la igualdad y la necesidad de buscar equilibrio en las diferencias culturales que se suscitan en cada país. Por tanto, la protección que ha realizado el TEDH en esta materia ha sido más bien excepcional.

Sin embargo, en los casos en que ha debido intervenir, ha ejercido su jurisdicción por diferentes vías: por un lado, ha protegido los derechos culturales a través de otros derechos de carácter general, por ejemplo, arts. 8, 9, 14 CEDH²⁹, arts. 1 y 2 del Protocolo 1 del CEDH³⁰. Es decir, toma de base estos derechos generales para que, en lo particular, se pueda fundamentar que los derechos culturales o la diversidad cultural está siendo vulnerada. Por otro lado, el marco regulatorio más utilizado ha sido el art. 8 del CEDH, que establece el derecho a las formas tradicionales de vida familiar, relacionándose con el art. 9 del mismo (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que comprende “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos”). Sin embargo, el mismo texto indica en un apartado que “se habilita la posibilidad de establecer limitaciones a los derechos en

25. Caso de mujer gitana a la que Reino Unido le niega autorización para tránsito en caravana con su pueblo. (TEDH, Caso Chapman c. Reino Unido, 18 de enero de 2001, [GS], N° 27238/95, TEDH 2001-I).

26. Convención Europea de Derechos Humanos.

27. Caso de niños gitanos discriminados en materia educacional (TEDH. Caso D.H. c. República Checa, 7 febrero 2006, [GC], N°57325/00, ECHR 2007-IV). En el mismo sentido (TEDH. Caso Sampanis y otros c. Grecia, 5 junio de 2008, No 32526/05).

28. Caso de porte de velo islámico en Universidad estatal (TEDH, Caso *Leyla Sahin* con Turquía, 29 junio 2004, N°44774/1998); caso uso de cruz católica en establecimientos educacionales públicos (TEDH, *Laustsi* y otros con *Italia*, 3 noviembre de 2009, N°30814/06); caso de uso de burka y niqab por una mujer a la que se le prohíbe utilizar en instituciones públicas (TEDH, *S.A.S. versus Francia*, 1 julio 2014 (G.S.) N°43835/2011).

29. El derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8); la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9) y la prohibición de discriminación (art. 14).

30. Derecho a la propiedad y derecho de instrucción.

referencia (a la vida familiar y la libertad religiosa), cuando ocurre (i) por medio de la ley y (ii) constituye una medida necesaria, en una sociedad de-mocrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas y la protección de los derechos o las libertades de los demás” (Faundes, 2020, p. 248).

Conclusiones

La identidad cultural, más que rasgos característicos de los derechos culturales o características de la diversidad cultural, es un derecho humano, fundamentado en la cultura, y que permite el derecho a la libredeterminación. Su argumento normativo se encuentra establecido en el derecho internacional e involucra diversas fuentes, desde tratados internacionales de carácter general y específicos de pueblos indígenas e identidad cultural, hasta instrumentos de *soft law* que permiten dotar de contenido específico y dar utilidad a su progresivo reconocimiento. De la misma forma, es un derecho que ha sido tratado, dotado de contenido y fundamentado por la Corte IDH en numerosos fallos, generando un estándar internacional de exigencias mínimas para el cumplimiento de este derecho. Así, se protege y fundamenta la obligación del Estado de Chile de cumplir con sus obligaciones internacionales, e incluir la jurisprudencia internacional mediante control de convencionalidad.

Sin embargo, la discusión parte del hecho que, en materia de pueblos indígenas, el *corpus iuris* internacional que forma parte del resguardo de sus derechos, se conforma por tratados internacionales como por declaraciones y otros instrumentos de *soft law*, que no tendrían la fuerza jurídica para obligar a los Estados a cumplir en la materia. Es por ello que existen posiciones que sostienen fuertemente que este derecho no sería de obligación alguna por parte del Estado, y que su contenido y puesta en práctica debe hacerse dentro de los márgenes del Estado en que conviven los pueblos originarios con la sociedad general.

Frente a lo anterior, afirmamos y demostramos aquí la posición contraria, que concluye que, a pesar de que estos instrumentos no tienen la fuerza jurídica obligatoria formal al momento de ratificarlos, su contenido permite complementar, interpretar, resolver e integrar derechos, por lo que deben ser considerados sistemáticamente y de forma integrada.

En el caso de Chile, que ha ratificado variados instrumentos vinculantes en la materia, sumado a su compromiso y obligación internacional de cumplir y subordinarse a la jurisdicción de la Corte IDH, es de suma relevancia su compromiso con los llamados instrumentos de *soft law*, pues estos aportan a definir, especificar contenido y poder aterrizar la concreción de derechos protegidos en el plano nacional.

Así, conviene observar a los instrumentos de *soft law* como parte del *corpus iuris* internacional que dan sustento jurídico internacional al derecho humano a la identidad cultural. La persistencia en su cumplimiento, más allá de ser simples declara-

ciones de intenciones, radica en que estas fuentes internacionales deben entenderse, armonizarse y completarse con las fuentes obligatorias del DIP o *hard law*, toda vez que su creación y origen son parte de los compromisos de los Estados para fortalecer el cumplimiento de sus obligaciones en derecho internacional, vigorizando así la idea de la limitación de la soberanía y el poder cuando hablamos de derechos humanos.

Por último, se ha argumentado que la identidad cultural sí es un derecho, y un derecho humano. La jurisprudencia de la Corte IDH, TEDH y el *corpus iuris* internacional se erigen como fundamento normativo del mismo, y como cuerpo jurídico completo y obligatorio que sirve de límite a la soberanía de los Estados. El límite es fundamentalmente la dignidad y protección de los derechos humanos. Por consiguiente, el *corpus iuris* que protege al derecho a la identidad cultural se entiende como un horizonte común de cumplimiento normativo que tenga la capacidad, incluso jurisdiccionalmente, de garantizar este derecho humano tanto en el plano nacional como internacional. El estándar que se genera mediante la jurisprudencia sería un límite mínimo a la soberanía del Estado; a la vez un marco general de cumplimiento, así como también una “guía en el comportamiento y conducta de los Estados que asumen obligaciones en el plano internacional y que comprometen su responsabilidad internacional en estas materias” (Faundes, 2013, p. 95).

Nota

Este artículo ha sido reorganizado como tal, teniendo su origen en el primer capítulo de la tesis doctoral de quien suscribe, titulado “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas. Análisis de paradigmas y discusiones jurídicas para su reconocimiento constitucional”, del programa de Doctorado en Derecho, mención constitucionalismo y derecho, de la Universidad Austral de Chile. Estudios financiados por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo ANID.

Agradecimientos

Este artículo se enmarca en el proyecto ECOS- ANID N°210041.

Referencias

- Anaya, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Derecho Trota.
- Aylwin, J., Meza-Lopehandia, M., & Yañez, N. (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*. LOM.
- Balbontin, C. (2019). ¿Qué es la identidad indígena? la importancia simbólica del territorio natural en la lucha mapuche. *CUHSO*, 281-294. CUHSO.04.A09.
- Caso comunidad indígena yakie axa vs Paraguay (Corte Interamericana de derechos humanos 2006).

- Caso comunidad kichwa sarayaku vs Ecuador (Corte Interamericana de derechos humanos 2012).
- Caso Moiwana vs Surinam (Corte Interamericana de derechos humanos 2005).
- Caso Muñoz Diaz con España (Tribunal Europeo de derechos humanos 2009).
- Caso pueblo xukuru vs Brasil (Corte Interamericana de derechos humanos 2018).
- Caso Saramaka vs Surinam (Corte Interamericana de derechos humanos 2007).
- Diaz, R. (2023). Relaciones entre el derecho internacional público y los ordenamientos jurídicos internos. En J. Tijmes, A. Delgado, & A. Lucas, *derecho internacional público* (pp. 131-151). Santiago de Chile: Tirant lo blanch.
- Faundes, J. J. (2013). Corpus iuris internacional de derechos humanos. En M. Alvarez, & R. Cippitiani, *diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (pp. 94-96). Perugia.
- Faundes, J. J. (2017). Honneth y la demanda por el reconocimiento intercultural de los pueblos indígenas. *Perfiles latinoamericanos*, 303-320.
- Faundes, J. J. (2020). Diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos en torno al derecho humano a la identidad cultural. *Revista de direito internacional brazilian journal of international law*, 223-255.
- Faundes, J. J. (2023). Los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional público. En J. Tijmes, A. Delgado, & A. Lucas, *Derecho internacional público* (pp. 189-213). Tirant lo blanch.
- Faundes, J. J. (2022). El derecho humano a la identidad cultural. *Tesis doctoral*. Sevilla. <https://idus.us.es/handle/11441/133367>.
- Faundes, J. J., & Ramirez, S. (2020). El derecho a la identidad cultural. Horizontes plurales latinoamericanos. En J. J. Faundes, & S. Ramirez, *Derecho fundamental a la identidad cultural. Abordajes plurales desde América Latina* (pp. 13-31). Santiago de Chile: Ril editores.
- Faundes, J. J., & Vallejos, L. (2020). El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas. titulares, naturaleza, contenido y alcances desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. En J. J. Ramirez, *derecho fundamental a la identidad cultural. abordajes plurales desde América Latina* (pp. 107-145) Ril editores.
- Fornet Betancourt, R. (2007). La filosofía intercultural desde la perspectiva latinoamericana. *Revista Solar*, 3(3), 23-40.
- Grimson, A. (2010). Culture and identity: two diferents notions. *Social identities*, 16(1), 63-79.
- Martínez Cobo, J. (1987). “*Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*”. Naciones Unidas, relatoría de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minoría. New York.

- Organización Estados Americanos (2018). Declaración de Estados Americanos para los derechos de los pueblos indígenas.
- Organización Internacional Del Trabajo (1989). Convenio 169 de la OIT para los derechos de los pueblos indígenas, tribales y afrodescendientes en países independientes.
- Pastore, B. (2014). Soft law y la teoría de las fuentes del derecho. *Soft power*, 75-89.
- Roca, J. G. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio europeo de derechos humanos: soberanía e integración*. Navarra: thompson reuters.
- Rodriguez, C. D. (2014). *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Aranzadi S.A.
- Ruiz Chiriboga, O. (2006). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 5(3).
- Salas, R. (2003). *Ética intercultural*. Santiago de Chile: UCSH.
- Salas, R. (2007). *Hermenéuticas en juego, identidades culturales y pensamientos latinoamericanos de integración*. Polis.
- UNESCO. (1982). *conferencia mundial sobre las políticas culturales. Conferencia mundial sobre las políticas culturales*. México.
- UNESCO. (2003). Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial.
- Unidas, Naciones. (16 de diciembre de 1966). Pacto internacional de derechos civiles y políticos.
- Unidas, Naciones. (1948). Carta de Naciones Unidas.
- Unidas, Naciones. (1948). Declaración universal sobre derechos humanos.
- Unidas, Naciones. (2007). Declaración de Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas.

Sobre la autora

LIZ DAIANA VALLEJOS ROA es mujer mapuche. Abogada. Magíster en derecho mención constitucionalismo y derecho UACH. Candidata a doctora programa doctorado en derecho mención constitucionalismo y derecho UACH. Docente adjunta Universidad Autónoma de Chile sede Temuco. Correo Electrónico: ldvallejosroa@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-5223-3998>

CUHSO

Fundada en 1984, la revista CUHSO es una de las publicaciones periódicas más antiguas en ciencias sociales y humanidades del sur de Chile. Con una periodicidad semestral, recibe todo el año trabajos inéditos de las distintas disciplinas de las ciencias sociales y las humanidades especializadas en el estudio y comprensión de la diversidad sociocultural, especialmente de las sociedades latinoamericanas y sus tensiones producto de la herencia colonial, la modernidad y la globalización. En este sentido, la revista valora tanto el rigor como la pluralidad teórica, epistemológica y metodológica de los trabajos.

EDITOR

Matthias Gloël

COORDINADOR EDITORIAL

Víctor Navarrete Acuña

CORRECTOR DE ESTILO Y DISEÑADOR

Ediciones Silsag

TRADUCTOR, CORRECTOR LENGUA INGLESA

Mabel Zapata

SITIO WEB

cuhso.uct.cl

E-MAIL

cuhso@uct.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Trabajo sujeto a una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional Creative Commons (CC BY 4.0)