

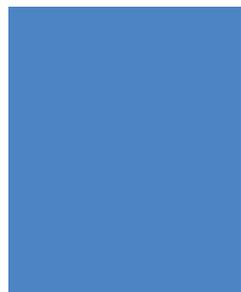


PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE

Centro de Políticas Públicas UC

# Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate

SEBASTIÁN DONOSO  
CAMILA PALACIOS  
Facultad de Derecho



TEMAS DE LA AGENDA PÚBLICA

Año 13 / N° 103 / enero 2018  
ISSN 0718-9745

# Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate

SEBASTIÁN DONOSO  
CAMILA PALACIOS  
Facultad de Derecho

## Introducción

Desde hace un tiempo, la discusión sobre el denominado ‘cambio constitucional’ ha tenido una presencia relevante en el debate público de nuestro país. Durante 2016, un grupo de chilenos participó en un proceso de diálogo sobre los contenidos que debiera tener un renovado texto constitucional, reflexionando sobre los principios, instituciones y derechos específicos que podrían formar parte de él<sup>1</sup>.

Debatir sobre un cambio constitucional, sea a través de un nuevo texto o de una reforma al actual, es de por sí complejo. La magnitud de ello aumenta si se trata de incluir un reconocimiento a los pueblos indígenas; otra discusión inconclusa cuyo origen se remonta a principios de la década de 1990. Durante ya casi tres décadas, diversas iniciativas de reforma constitucional orientadas a ese fin han sido discutidas en el Congreso Nacional. Sin embargo, por razones que trataremos de explicar en este trabajo, tales iniciativas no han prosperado.

Este fracaso relativo no debe mover a engaño, pues el debate sigue plenamente vigente. Y existen argumentos, afirmaba no hace mucho el historiador Jorge Pinto (2016), para estar más optimistas:

“Hoy, a las puertas de comenzar la discusión de un nuevo proyecto constitucional las cosas son diferentes. En primer lugar, hay mayor conciencia de las responsabilidades que tenemos los chilenos en la situación que se generó en la Araucanía. La educación también ha cambiado

y hoy la invisibilización de la historia del pueblo mapuche empieza a ser superada. Algunos sectores políticos tienen también mayor conciencia de sus deudas en estas materias, expresada en distintas iniciativas que, aunque no han dado los resultados esperados, muestran avances que son alentadores. Por último, el amplio debate que se ha instalado sobre el reconocimiento de nuestros pueblos originarios, el carácter plurinacional de nuestro Estado y el multiculturalismo que debería garantizar la Constitución, mantiene alerta a la opinión pública. Se habrían configurado, por tanto, condiciones para que la nueva Constitución establezca los marcos referenciales para resolver parte del conflicto Estado-pueblo mapuche que afecta a la región”.

Pinto (2016) apunta así a una cuestión ineludible: no se puede ignorar que un debate sobre reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas se insertará en un escenario tensionado, por la prolongada situación de conflicto que se vive en la Araucanía y regiones aledañas. Inevitablemente, la discusión se teñirá con la vehemencia propia de una realidad que ha cobrado víctimas y causado un profundo sufrimiento a todos los involucrados<sup>2</sup>. Lo anterior nos enfrenta a un riesgo adicional: el de centrar excesivamente el debate en las dinámicas propias del pueblo mapuche, en un país en que conviven otros ocho pueblos indígenas con múltiples y diversas realidades y enfoques.

1 Para más detalles sobre este proceso y sus participantes, ver en: <https://www.unaconstitucionparachile.cl/>

2 No queremos con esto sugerir que el debate sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas esté condicionado de algún modo por la situación que se vive en el sur. Más bien queremos alertar que dicho debate difícilmente podrá sustraerse a las dinámicas y temáticas que dicha situación pone en la agenda.

En este escenario, aun cuando el actual proceso de cambio constitucional finalmente no llegue a puerto, pero con mayor razón si prospera, una pregunta es ineludible: ¿de qué estamos hablando cuando nos referimos al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas?

Ésta es la pregunta central para este trabajo. Afrontarla obliga a plantear desde ya una tensión interna que se encuentra en el corazón del debate. Por una parte, se puede visualizar la inclusión de los pueblos indígenas en el texto constitucional como una exigencia del reconocimiento, es decir, como el necesario y justo sinceramiento de lo que somos como sociedad. Desde esta perspectiva, visibilizar la existencia de los pueblos indígenas es la fuerza predominante y, por lo mismo, apunta a un reconocimiento cuyo rol es principalmente simbólico<sup>3</sup>. Una segunda aproximación, desde la óptica del reconocimiento de derechos, apuesta por que el foco sea la identificación de los pueblos indígenas como sujetos de derecho. Por cierto, ambos enfoques son perfectamente compatibles y complementarios.

Una cuestión adicional y no menos importante es lo que podríamos llamar el ‘principio activo’ del reconocimiento, es decir, el anclaje teórico en torno al cual se articule dicho reconocimiento. Son varios los conceptos que irrumpen aquí: se ha hablado de multiculturalismo e interculturalidad. La disyuntiva entre un concepto u otro no es baladí, pues incide directamente en la ‘fórmula de convivencia’ entre indígenas y no indígenas que se quiera plasmar en la carta fundamental.

A lo largo de los años, la discusión en torno al reconocimiento de los pueblos indígenas se ha visto atrapada por visiones políticas y su expresión técnico-jurídica, aun cuando una mayoría de chilenos –indígenas y no indígenas– está de acuerdo con dicho reconocimiento<sup>4</sup>. En tal contexto, el propósito de este trabajo es poner a disposición del público un análisis de los diversos elementos que confluyen en el debate, identificando los

nudos u obstáculos que han impedido avanzar en esta materia hasta ahora. Este artículo busca identificar los principales elementos que debieran estar presentes en cualquier propuesta y discusión de reforma que pretenda hacerse cargo adecuadamente de un tema tan sensible y prioritario. Así, no pretende constituirse en una propuesta específica sobre cómo debiera ser el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, sino más bien ofrecer un marco de análisis que contribuya al debate público.

Para acometer dicho propósito, en el segundo capítulo se hace un breve recuento histórico, seguido de un análisis sumario de las propuestas de reforma constitucional que se han presentado a discusión desde 1990 en adelante. El tercer capítulo expone el sentido de esta reforma constitucional en tanto exigencia del reconocimiento. A continuación, el capítulo cuarto apunta a esclarecer qué hay detrás del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como sujetos de derecho, teniendo presentes los diversos instrumentos y estándares internacionales. Lo anterior permite realizar una revisión conceptual de los derechos cuyo reconocimiento estaría en juego, analizando aquellos aspectos que se estima serán los más relevantes en el debate parlamentario<sup>5</sup>. Finalmente, presentamos unas breves reflexiones a modo de conclusión.

### **Antecedentes históricos y legislativos del debate en torno al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas**

Cuando en la actualidad se discute sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, muchas veces se olvida que los primeros antecedentes sobre reconocimiento en lo que podríamos denominar ‘textos oficiales’ se remontan a los parlamentos sostenidos entre el pueblo mapuche y la corona española a mediados del siglo XVII, los cuales se extendieron por casi dos siglos.

3 Es importante precisar que, al utilizar la palabra ‘simbólico’, no queremos decir que el reconocimiento en cuanto visibilización de los pueblos indígenas sea negativo o vacío. Por el contrario, creemos que esta parte del reconocimiento constituye un paso fundamental cuyo valor no puede ser subestimado, sin perjuicio que se pueda concluir luego que se trata de un paso indispensable aunque no suficiente.

4 La Encuesta a Parlamentarios ICSSO-UDP (julio 2011 a enero 2012) y la Encuesta Nacional UDP 2011 señalan que un 90,6% de la ciudadanía y un 75,3% de los parlamentarios apoyan el reconocimiento constitucional. En el caso de los parlamentarios, dicho apoyo es de más de un 90% en la Región de la Araucanía y de un 80% en el resto del país. Por su parte, la Encuesta Auditoría para la Democracia del PNUD de 2016 muestra que frente a la pregunta “Para mantener las culturas indígenas, ¿qué tan importante es que la Constitución reconozca a los pueblos indígenas?”, un 85% respondió que “Muy importante” (las respuestas del año 2010 y 2012 fueron un 89%). Otras preguntas relevantes para afirmar el apoyo al reconocimiento de los pueblos indígenas son aquellas que muestran que un 70% está a favor de que los pueblos indígenas tengan cupos especiales en el Congreso, y un 67% con que puedan administrar autónomamente sus territorios.

5 Los autores pretenden que este trabajo pueda constituirse en un aporte a la discusión, conscientes de que lo más importante es la opinión de la ciudadanía y, en particular, de los propios pueblos indígenas, quienes además deben ser consultados sobre la iniciativa legislativa que concrete su reconocimiento.

Uno de los más relevantes fue aquel que dio origen al Tratado de Quilín en 1641, que reconoce como frontera con el territorio mapuche la línea de los ríos Biobío por el norte y Toltén por el sur, así como su autonomía en ese territorio<sup>6</sup>.

Este tipo de relacionamiento, sin embargo, llega a su fin con el surgimiento y consolidación del orden republicano, para el cual la unificación de la población y el territorio eran un requisito para la constitución del Estado-Nación. Tal como lo destaca Namuncura (2016), la única referencia a pueblos indígenas en toda nuestra historia constitucional la encontramos en la Constitución de 1822, cuyo artículo 47 se limitaba a ordenar, muy en el espíritu de la época: “Corresponde al Congreso, cuidar de la civilización de los indios del territorio”. Y luego agrega:

“Ninguna de las siete constituciones chilenas siguientes –hasta hoy– menciona siquiera un concepto, palabra, frase o por último una idea cercana al tema indígena. Para las constituciones chilenas los pueblos indígenas no existen; ni siquiera como un problema”.

Esta ausencia se refiere al reconocimiento de los pueblos indígenas entendido como un ‘hecho político’, es decir, como una declaración formal del Estado acerca de la existencia de los pueblos indígenas. Decimos esto porque nuestra legislación republicana reconoce tempranamente a los pueblos indígenas como un sujeto de derecho, al regular profusamente los actos y contratos que podían celebrarse respecto de las tierras existentes en ‘territorio de indígenas’.

Solo en 1972, al dictarse la Ley N° 17.729, la legislación chilena por primera vez propuso un cuerpo regulatorio que podría entenderse como un reconocimiento formal. Dicha ley estableció una definición de los pueblos y tierras indígenas, el estatuto aplicable a estas últimas, normas sobre educación y fomento cultural; todas disposiciones que pueden considerarse como constitutivas de un estatuto más comprensivo basado en la premisa de un reconocimiento formal.

La primera propuesta de reconocimiento constitucional llegaría cuando el entonces candidato presidencial Patricio Aylwin convoca el 1 de diciembre de 1989 a un encuentro con los representantes de algunas organizaciones mapuches, huilliches, aymaras y rapa nui. En dicha instancia, quien posteriormente asumiría como Presidente de la República, se comprometió en lo que se conoce como el Acuerdo de Nueva Imperial, a hacer suyas las demandas referidas al “reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales”.

### Discusión en el periodo 1991-1993

Dando cumplimiento a los compromisos adoptados en el Acuerdo de Nueva Imperial, la administración del Presidente Aylwin ingresó al Congreso Nacional un primer proyecto de ‘reforma constitucional relativa a los pueblos indígenas’ (1991)<sup>7</sup>.

El Mensaje del proyecto planteaba la necesidad de consagrar legislativamente el reconocimiento, como base para proponer una perspectiva diferente sobre el desarrollo, mejoramiento de la calidad de vida y futuro de los pueblos indígenas, además de ser un reflejo de la diversidad de la sociedad chilena. Para ello se proponía incluir en el artículo 1° de la Constitución el siguiente texto:

“El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación Chilena”<sup>8</sup>.

Esta redacción buscaba reconocer la existencia de los pueblos indígenas como tales, por constituir grupos sociales y humanos que tienen una identidad particular; pretendía hacerse cargo de su calidad de poblaciones desamparadas y necesitadas; y reconocía además el principio de discriminación positiva, argumentando que este ha sido acogido en las más modernas legislaciones en el derecho comparado e internacional.

En la discusión del proyecto, la oposición de la época planteó que la reforma no era necesaria, siendo posible generar ayudas concretas y directas a los pueblos indígenas con las disposiciones constitucionales vigentes.

6 Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago de Chile (2003).

7 Boletín N° 513-07.

8 El proyecto contenía dos artículos más, pero fueron rechazados a principios de la discusión. Dichos artículos establecían que “La ley podrá, también, establecer beneficios o franquicias determinados en favor de las comunidades indígenas” y “Establecer sistemas de protección jurídica y beneficios o franquicias para el desarrollo de los pueblos indígenas”. Estas reformas tenían por objeto establecer, con claridad, que la protección excepcional que la ley puede brindar a comunidades indígenas en cualquier ámbito de significación económica está expresamente autorizada por la Constitución y no podrá, por tanto, ser objetada por discriminatoria. Estos artículos fueron eliminados, ya que se entendió que los beneficios y franquicias en favor de los indígenas pueden otorgarse aunque no haya un sustento constitucional, siempre que no exista discriminación arbitraria.

Más controvertido fue el uso del vocablo ‘pueblos’. En su mensaje, el Ejecutivo había explicado que la expresión ‘pueblos’ no estaba considerada en el sentido de ‘titulares’ de la soberanía nacional o de su ejercicio, o como derecho de autodeterminación, sino como un concepto que buscaba reconocer la existencia de los pueblos indígenas como un sector integrante de la nación. Sin embargo, en opinión de muchos parlamentarios, la palabra en cuestión podía constituir una amenaza contra el carácter unitario del Estado chileno y alentar un potencial separatismo.

Finalmente, se consensuó que era necesaria una reforma constitucional para legislar en torno a la materia, aunque con diferentes acepciones y enfoques. Así, el Ejecutivo terminó aceptando omitir la palabra ‘pueblo’ y usar la palabra ‘indígena’, por corresponder a un término que reconocía su identidad y permitiría la búsqueda de una real igualdad. Se explicó además que la palabra ‘indígena’ junto a la frase ‘integran la nación’ involucraba la idea de estar insertos o formar parte de la nación chilena.

De esta manera el texto propuesto cambió a: “El Estado reconoce y ampara a los indígenas que integran la nación chilena y velará por su desarrollo y adecuada protección jurídica”, lo que fue aprobado por la Cámara de Diputados<sup>9</sup>, tras lo cual se paralizó su tramitación.

Cabe señalar que el proyecto de reforma constitucional fue presentado conjuntamente con otras dos iniciativas: un proyecto de acuerdo para ratificar el Convenio 169 de la OIT y un proyecto de ley que establecía normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y que proponía crear una Corporación Nacional de Desarrollo Indígena<sup>10</sup>. La presentación de estas tres iniciativas se explica porque el gobierno consideraba que las normas contenidas en el proyecto de ley indígena requerían de una reforma constitucional previa para su

aprobación. Sin embargo, desde el Congreso la opinión era que para aprobar la reforma constitucional era necesario concordar políticamente en primer lugar los aspectos claves que contendría la legislación. Por ello, el Gobierno se comprometió a buscar y obtener un amplio acuerdo con todos los sectores representados en el órgano legislativo a fin de determinar, en forma precisa y consensuada, los principios y contenidos que tendría la ley indígena, así como la forma en que sería tramitado el Convenio 169 de la OIT. De esta manera se terminó aprobando la Ley N° 19.253 en octubre de 1993 (‘Ley Indígena’), mientras que el proyecto de reconocimiento constitucional tuvo que esperar hasta el siguiente gobierno para retomar su discusión.

### Discusión en el periodo 1994-2000

Hacia fines del gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, el impulso de grandes proyectos de infraestructura —como la central Ralco— en espacios territoriales con presencia significativa de comunidades indígenas motivó un resurgimiento de la cuestión indígena en la agenda pública (Figueroa, 2016). En 1999 el Ejecutivo llevó adelante distintas instancias para restablecer el diálogo con las comunidades<sup>11</sup>, lo que culminó con dos anuncios: la asignación de urgencia al proyecto de reconocimiento constitucional y la realización de un estudio interno para retomar la discusión sobre la ratificación del Convenio 169<sup>12</sup>.

El Ejecutivo solicitó entonces el desarchivo del proyecto de reforma presentado por el gobierno de Patricio Aylwin<sup>13</sup>, el cual comenzó a ser conocido por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados. Al retomarse la discusión del proyecto cinco años después, la mencionada Comisión estimó oportuno abrir un debate lo más amplio posible y tomó contacto con la comunidad para conocer su opinión.

9 Con una votación de 90 votos a favor, una abstención y ningún voto en contra al votarse el proyecto en general en sala, el 9 de junio de 1992.

10 Boletín 513-07, ingresó al Congreso el 7 de enero de 1991 y fue conocido por una Comisión Especial de la Cámara de Diputados. Un día después, ingresó el Proyecto de Acuerdo relativo al Convenio 169. El 15 de octubre de 1991, se presentó un proyecto de ley que establecía normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y que proponía crear la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, el que sería promulgado y publicado como Ley N°19.253 en 1993 (hoy conocido como ‘Ley Indígena’).

11 Se establecen los Diálogos Comunales, cuyo objetivo era restablecer la quebrada relación del Estado con el pueblo mapuche, tras el otorgamiento de los permisos ambientales a Ralco, y recoger la demanda mapuche. Este proceso culmina con la suscripción de un acuerdo denominado Pacto por el Respeto Ciudadano y la creación de una Comisión Asesora en Temas de Desarrollo Indígena con el objeto de responder las demandas y aspiraciones de las comunidades indígenas del país. Las iniciativas promovidas por el Presidente Frei fueron cuestionadas por organizaciones de origen mapuche, las que denunciaron que las organizaciones participantes en estos procesos no eran representativas y habían sido cooptadas por los órganos del Estado. Asimismo, 20 organizaciones objetaron que la consulta sesgara el proceso a los temas de desarrollo y excluyera expresamente la demanda territorial.

12 Discurso del 21 de mayo de 1999. Ver en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/politica-indigenista-chile/cuentas-presidenciales/1636-mensajes-21mayo-frei-rt.html>.

13 El 9 de julio de 1997, cinco años después de la votación en general del proyecto por la Cámara y estando ya vigente la Ley Indígena, el Ejecutivo solicitó el archivo del proyecto. En mayo de 1999 el Gobierno solicitó el desarchivo.

El contexto nacional había sufrido importantes cambios: desde 1993 ya estaba en vigencia la Ley Indígena; en el sur de Chile se estaban registrando hechos de violencia que fueron relevados durante la discusión; y conceptos como ‘deuda histórica’ y ‘nuevo trato’, o la relación entre pobreza y desarrollo de los pueblos indígenas, comenzaban a aparecer con fuerza en el debate.

En este escenario, por indicación de un grupo de diputados<sup>14</sup>, se propuso un nuevo texto para el proyecto en discusión: “El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la Nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes mecanismos de participación en los asuntos que les competen, en iguales términos que a todos los demás sectores o grupos que conforman la Nación chilena”.

Durante la discusión en esta etapa empezó a manifestarse la tensión entre dos visiones respecto de la política pública hacia los pueblos indígenas: algunos daban prioridad al reconocimiento de derechos, que vinculaban con la existencia de una deuda histórica y la necesidad de repararla a través de un nuevo trato basado en un principio de discriminación positiva; para otros, en cambio, el problema de fondo no era legal ni constitucional, sino la grave situación de pobreza que afectaba a los pueblos indígenas. Para este último grupo, establecer un trato especial en favor de los pueblos indígenas implicaba una excepción al principio de igualdad ante la ley y una amenaza de quiebre de la unidad nacional, además de una pérdida de foco respecto de la verdadera prioridad que era la superación de la pobreza.

Dada la falta de acuerdo entre estas dos visiones y su expresión legislativo-constitucional, se decidió enviar el proyecto de vuelta a comisión para que esta pudiera escuchar a otras organizaciones indígenas, aparte de las ya entrevistadas. Un nuevo texto resultó de ese proceso:

“El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la Nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes la participación que les corresponde”.

Puesto en votación, tras casi diez años de tramitación, el proyecto fue rechazado en votación particular por falta de quórum en octubre del año 2000<sup>15</sup>.

### Discusión en el periodo 2000-2006

En el año 2000, el gobierno del Presidente Ricardo Lagos constituyó un Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas cuyas propuestas se recogieron en la “Carta a los pueblos indígenas de Chile” dada a conocer el 31 de mayo de ese año. Esta anunciaba 16 medidas, entre las que destacaban el impulsar ante el Congreso Nacional el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y la creación de una Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. La antedicha comisión, creada en mayo de 2001, entregó su informe final en 2003, en el que se recomendó perfeccionar la Constitución Política del Estado, introduciendo una declaración respecto de la existencia de los pueblos indígenas que forman parte de la nación chilena y un reconocimiento al hecho de que poseen culturas e identidades propias. El informe recomendaba a su vez que se estableciera el deber del Estado de garantizar la preservación de la diversidad étnico-cultural de la nación y, por consiguiente, el ejercicio de la cultura y la identidad de los pueblos indígenas con pleno respeto de la autonomía de sus miembros. Finalmente, instaba a que el Estado reconociera y garantizara el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas.

El informe explicaba que este reconocimiento: (i) permitiría corregir la invisibilidad y negación de que han sido objeto los pueblos indígenas, y la discriminación y menoscabo que han padecido sus integrantes, permitiendo enmendar los efectos de aquellas políticas que han tenido por finalidad explícita el asimilar a estos pueblos o que, sin tenerla, han tenido iguales consecuencias; (ii) poseería el valor de una directriz para las políticas estatales y un valor interpretativo para el conjunto de las reglas; y (iii) permitiría sustentar políticas de discriminación positiva encaminadas a equiparar a los pueblos indígenas con el resto de la comunidad nacional.

En base a estas recomendaciones, el Gobierno presentó en 2004 la denominada “Política indígena de nuevo trato”, la cual contemplaba entre sus lineamientos estratégicos mejorar el nivel de reconocimiento de los dere-

14 Indicación suscrita por los diputados: Guillermo Ceroni, Eduardo Díaz, Gustavo Alessandri, Francisco Huenchumilla, Sergio Ojeda, Iván Mesías, Edmundo Villouta, Eugenio Tuma, Jaime Naranjo y Homero Gutiérrez.

15 En esta misma época, un grupo de parlamentarios presentó un nuevo proyecto de reforma constitucional para reconocer la existencia de los pueblos indígenas y otorgarles participación política, cuya tramitación tampoco prosperó (Boletín 2360-07).

chos de los pueblos indígenas, para lo cual se proponía solicitar las urgencias legislativas necesarias e impulsar instancias de difusión y debate sobre los alcances del reconocimiento en el seno de la sociedad civil. Una vez aprobado el reconocimiento, estimaba el gobierno de la época, se podría avanzar en los diversos aspectos relacionados con los derechos políticos de los pueblos indígenas y la creación de un Consejo de Pueblos Indígenas como órgano representativo y cuya principal función sería participar en la definición y ejecución de políticas públicas que les conciernen<sup>16</sup>.

La discusión entre 2000 y 2007 se caracteriza porque ninguno de los proyectos sometidos a debate logró concitar mayor consenso y, por ende, su tramitación no prosperó. Los proyectos discutidos en esta etapa fueron los siguientes:

- (i) Proyecto de reforma constitucional, que reconoce la existencia de los pueblos indígenas y les otorga participación política en el Estado<sup>17</sup>.
- (ii) Reforma constitucional del año 2005, que contemplaba inicialmente el reconocimiento de los pueblos indígenas.
- (iii) Proyecto de reforma constitucional sobre reconocimiento de los pueblos indígenas<sup>18</sup>.
- (iv) Proyecto de reforma a la Constitución Política de la República que buscaba asegurar la representación popular a los pueblos indígenas<sup>19</sup>.

Del primero de estos proyectos merece destacar que, junto con el reconocimiento constitucional, establecía la participación de los pueblos indígenas en el órgano legislativo, pudiendo elegir tres senadores y 10 diputados. Esta iniciativa fue impulsada por quienes consideraban que era necesaria una reforma más profunda, que reconociera la participación de los pueblos indígenas mediante la adopción de acciones afirmativas para garantizar su representación política.

Respecto de la reforma constitucional aprobada en el año 2005 (Ley 20.050), esta se originó en dos mociones parlamentarias que incluían el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. El texto discutido ini-

cialmente establecía: “El Estado promoverá el respeto y desarrollo de las culturas de los pueblos indígenas y garantizará a sus integrantes la plena participación social en iguales términos que los demás sectores o grupos que conforman la Nación chilena”. Prontamente se ingresaron indicaciones que tenían por objeto eliminar la palabra ‘pueblos’. De esta manera, se terminó reemplazando el texto por el siguiente: “La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación y declara su especial preocupación por las poblaciones indígenas originarias, a las cuales garantiza su derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad” (el subrayado es de los autores).

El gran tema de debate durante estos años fue la utilización del concepto de ‘pueblos’ en la fórmula de reconocimiento. Quienes la defendían argumentaban que dicho concepto no implicaba transformar a los pueblos indígenas en titulares de la soberanía nacional y por tanto su utilización no atentaba contra la unidad del Estado. Agregaban que Chile es prácticamente el único país en el continente que nada dice en su Constitución Política sobre los pueblos indígenas, existiendo en otros variadas fórmulas al respecto, sin por ello afectar la unidad de esos Estados. En el otro extremo, analizando los efectos jurídicos internacionales de un reconocimiento de los ‘pueblos’ indígenas, Teodoro Ribera argumentaba en 2002 que “no existe ninguna razón para sostener, sin embargo, que el proceso de desmembramiento de los Estados nacionales no continúe en el continente americano, esta vez con la autodeterminación de los pueblos indígenas, situación que se expresa ya con estatutos especiales que han logrado algunos de ellos en América Central y Canadá”. Por su parte, las comunidades indígenas señalaban que el reconocimiento constitucional es obligación del Estado de Chile y que los gobiernos de turno debían atender la preservación de la cultura, las costumbres, las tradiciones, el idioma y las instituciones de los pueblos indígenas.

### Discusión en el periodo 2006-2010

En enero de 2006 se llevó a cabo, por iniciativa de la entonces candidata presidencial Michelle Bachelet, el en-

16 La política en cuestión agregaba que el conjunto de medidas de reconocimiento debía ser debatido con los pueblos indígenas para lo que se implementaría un Sistema Nacional de Consulta Indígena. Se comprometió reformar la Ley Pascua, avanzando en una reforma constitucional que permitiera un estatuto de administración especial de la mencionada isla. Se propuso además la creación de una Subsecretaría de Asuntos Indígenas.

17 Boletín N°2360-07, moción ingresada en 1999, archivada.

18 Boletín N°4069-07, moción ingresada en 2006, archivada.

19 Boletín 5402-07, moción ingresada en 2007, archivada.

cuentro denominado Nueva Imperial II Compromiso por los Pueblos Indígenas, con representantes de los pueblos mapuche, aymara y rapa nui. En dicha instancia, se acordó impulsar un proceso de evaluación participativa destinado a levantar propuestas que permitieran a la futura autoridad gubernamental avanzar en el fortalecimiento de las políticas públicas que atañen a los pueblos indígenas. Entre los meses de junio y septiembre de 2006, se realizó el Debate Nacional de los Pueblos Indígenas, en el que 120 organizaciones indígenas y 5.000 dirigentes discutieron en torno al reconocimiento constitucional y la ratificación del Convenio 169, entre otros temas<sup>20</sup>.

Este período está marcado por un creciente consenso político respecto del contenido que debía tener el reconocimiento constitucional, prueba de lo cual fue que dos proyectos de reforma de distinto origen terminaron consolidándose en la discusión parlamentaria. En septiembre de 2007 un grupo de senadores presentó un nuevo proyecto para reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas<sup>21</sup> y dos meses después el ejecutivo ingresaba al Congreso Nacional un proyecto similar<sup>22</sup>, razón por la cual terminaron siendo refundidos.

Esta convergencia no era producto de la casualidad. En septiembre de 2007 Chile había dado su voto favorable para que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Igual o más elocuente que lo anterior fue el hecho de que, en marzo de 2008 y tras 17 años de tramitación, el Congreso aprobó el proyecto para la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Así, a diferencia de las iniciativas de reforma constitucional previas, la discusión en este período no podía desconocer las disposiciones de dichos instrumentos, en particular las del Convenio 169.

A fines de enero de 2009, la Comisión de Constitución del Senado aprobó por cuatro votos contra uno un texto que, por el hito que representa, se transcribe completo a continuación:

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes enmiendas en la Constitución Política de la República:

1) Reemplázase el artículo 4° por el siguiente:

“Artículo 4°.- La Nación chilena es una, indivisible y multicultural.

El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho<sup>23</sup> de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional<sup>24</sup>.

Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes”.

2) Intercálase en el artículo 5° el siguiente inciso primero, nuevo:

“Artículo 5°.- Chile es una república democrática”.

3) Intercálase, en el párrafo primero del número 2 del artículo 19, entre las palabras “mujeres” y “son”, la siguiente frase, entre comas: “cualquiera sea su origen étnico o racial”<sup>25</sup>.

4) Agrégase al número 24 del artículo 19 el siguiente párrafo final, nuevo:

“La ley protege la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme lo establecido en la Constitución y las leyes”.

Como se puede ver, por primera vez un proyecto de reforma constitucional buscaba incorporar en nuestra constitución elementos como: (i) el carácter multicultu-

20 En los días 3, 4 y 5 de octubre de 2006 se realizó en Santiago el Congreso Nacional Indígena como cierre de actividades del Debate Nacional ya mencionado. Los representantes indígenas discutieron en torno a las demandas y compromisos a solicitar a la Presidenta. El trabajo se organizó en base a comisiones: (i) Convenio 169, (ii) Participación Política, (iii) Derechos Colectivos (agua y tierra), (iii) Políticas Públicas, (iv) Patrimonio Cultural y Medio Ambiente, (v) Seguimiento y (vi) Reconocimiento Constitucional.

21 Boletín 5522-07.

22 Boletín 5324-07.

23 En la página 21 del informe de la comisión se deja constancia de que “La frase que alude a las comunidades, organizaciones e integrantes deja en claro que son estos los sujetos de derechos, pues los pueblos en cuanto tales no detentan tal calidad”.

24 Se dejó constancia de que la frase según la cual el reconocimiento de los derechos que hará la Constitución queda supeditado al orden jurídico nacional, comprende también los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país y que están, por lo tanto, vigentes en Chile.

25 Se planteó en la discusión que esta modificación comprendía concretamente la posibilidad de recurrir de protección contra toda discriminación basada en el origen étnico o racial de las personas, por arbitraria.

ral de la nación chilena; (ii) la expresión ‘pueblos indígenas’ siguiendo la definición del Convenio 169; (iii) el reconocimiento explícito del derecho de las comunidades, organizaciones e integrantes de dichos pueblos a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones, así como a organizar su vida de acuerdo con sus costumbres; y (iv) la protección que la ley debe ofrecer a sus tierras y derechos de aprovechamiento de aguas.

En cuanto al disenso en torno a la utilización del término ‘pueblos’, la llave maestra para superarlo fue aportada por el Tribunal Constitucional que, al pronunciarse sobre el Convenio 169, resolvió que la expresión ‘pueblos indígenas’ debía ser considerada en el ámbito de dicho tratado como un conjunto o grupo de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernen, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Precisó además que los pueblos indígenas no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado<sup>26</sup>. Asimismo, contribuía a despejar las dudas sobre el uso de la palabra ‘pueblos’ el hecho de que se agregara una disposición que señalaba que la nación chilena es una e indivisible, lo que –se aseguraba– no dejaba margen para intentar dividir al Estado o a la nación o para crear gobiernos paralelos o alternativos.

Junto con la superación del impasse respecto de la utilización del concepto ‘pueblos’, emergería entonces un nuevo foco de tensión: los derechos específicos a reconocer, y el sujeto o sujetos a quienes se reconocerían dichos derechos. De esta manera, el reconocimiento de derechos se erigiría, en adelante, en la gran piedra de tope para el avance de la discusión. Este nuevo eje de tensión tenía a su vez tres expresiones:

a) La diferencia entre limitar el reconocimiento a la existencia de los pueblos indígenas y la valoración de la diversidad cultural, por una parte; y agregar a lo anterior un reconocimiento de sus derechos, por otra. La primera opción era acusada de tener un rol meramente simbólico, atribuyéndose a la segunda

el contenido verdaderamente sustantivo del reconocimiento constitucional.

- b) El catálogo de derechos a reconocer, cuyo contenido variaba entre los distintos involucrados en el debate<sup>27</sup>. Así, en el proyecto de ley refundido, estos eran: (i) derecho a desarrollarse, a fortalecer su identidad, cultura, idioma, instituciones y tradiciones; (ii) derecho a organizarse conforme a sus costumbres, es decir, con autonomía para hacerlo de acuerdo con sus valores, ideas, tradiciones y costumbres, siempre que ello no contravenga la ley; y (iii) derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país. En lo que se refiere al reconocimiento de derechos sobre la tierra y el agua, el gobierno explicó que –dada la especial relación de los pueblos indígenas con la tierra– hacer una mención específica a la protección de las tierras de las personas y comunidades indígenas en el texto tenía un valor en sí mismo, porque quería decir que el Estado les reconocía en forma especial a esos pueblos el derecho de propiedad.
- c) El o los sujetos a quienes se reconocerían estos derechos. La disyuntiva conceptual era entre derechos individuales y derechos colectivos, pero en aras del consenso el texto aprobado por la comisión estableció que los derechos se reconocían no a los ‘pueblos indígenas’ sino a sus ‘comunidades, organizaciones e integrantes’. Para justificar el texto consensuado, el gobierno de la época argumentó que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas que hace el Convenio 169 se predica tanto del grupo como de cada individuo, pero que estos derechos se ejercen a través de las comunidades, de las organizaciones y de los individuos. Así, se decía, el proyecto no negaba ni rechazaba el concepto de derechos colectivos, sino que los recogía clarificando quiénes eran los titulares que podían ejercerlos.

Sin embargo, a pesar de que el texto consensuado había recibido apoyo político transversal y que todo indicaba que el proyecto estaba listo para su aprobación, algunos parlamentarios y organizaciones indígenas formularon críticas respecto de la insuficiencia del reconocimiento, particularmente en relación con el catálogo de derechos

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 309 de 4 de agosto de 2000.

<sup>27</sup> Mientras algunos proponían el reconocimiento de algunos derechos básicos sobre los cuales no se planteaba mayor discusión –como el derecho de los pueblos indígenas a mantener su identidad, tradiciones y costumbres–, otros sugerían la consagración de un catálogo más amplio de derechos –incluyendo, por ejemplo, el derecho a las tierras y territorio– sobre algunos de los cuales existía mayor discusión.

que contemplaba. Esta crítica, además, se extendió a una inquietud acerca de la suficiencia de la participación indígena en la discusión del proyecto de reforma constitucional, pese a que la comisión había recibido la opinión de varias decenas de organizaciones y líderes indígenas en el curso de la tramitación. Esta inquietud tenía una especial caja de resonancia dada la recién adquirida obligación de consulta indígena con la entrada en vigencia del Convenio 169. En la práctica, era difícil distinguir si la objeción de fondo era el cumplimiento de la obligación de consulta o si, en realidad, lo que estaba en juego era el apoyo de las principales organizaciones indígenas al texto consensuado en el Senado para el reconocimiento constitucional.

En este complejo escenario, el Gobierno llevó a cabo un proceso formal de consulta indígena sobre el proyecto de reforma constitucional, pero dicho esfuerzo no estuvo exento de críticas y, por tanto, no fue suficiente para desactivar la objeción que apuntaba a la falta de consulta de la iniciativa. No obstante, el proyecto fue aprobado en general<sup>28</sup> por la Sala del Senado, en abril del año 2009.

### Discusión a partir del año 2010

El cambio de coalición gobernante no significó un ajuste en la agenda legislativa, pues el entrante Presidente Piñera había comprometido el apoyo a la reforma en su programa de gobierno. Durante parte del primer y segundo año, se desarrolló la Mesa de Diálogo para un Reencuentro Histórico, en el cerro Ñielol de Temuco, en que se abordó la cuestión del reconocimiento constitucional<sup>29</sup>. En marzo de 2011 se dio inicio a la Consulta sobre Institucionalidad Indígena, proceso que entre varios temas contemplaba consultar una propuesta de texto de reforma constitucional que reconociera a los

pueblos indígenas. Sin embargo, en septiembre de 2011 el Ejecutivo decidió acotar dicho proceso solo a la denominada 'consulta de la consulta', es decir, la consulta sobre la reglamentación del derecho de consulta indígena.

En cuanto al proyecto que había sido aprobado en abril de 2009, tras la presentación de un par de indicaciones y la asignación de distintas urgencias –incluyendo la discusión inmediata–, se retiró la urgencia en enero de 2012 y desde entonces no ha vuelto a ser reactivado.

Entre 2012 y 2015 se presentaron tres proyectos de ley<sup>30</sup> cuyo objetivo era el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Sin embargo, ninguna de estas iniciativas parlamentarias fue vista en el Congreso.

Al año 2017, y tras 26 años desde que se presentó el primer proyecto de ley, el reconocimiento constitucional sigue siendo un asunto pendiente. El programa del segundo gobierno de la Presidenta Bachelet incluyó nuevamente el tema del reconocimiento de los pueblos indígenas. Este se ha enmarcado en el proceso de reforma constitucional impulsado por el gobierno y, en particular, en el denominado Proceso Participativo Constituyente Indígena, la sistematización de cuyos resultados fue entregada a la Presidenta de la República a principios de mayo de 2017<sup>31</sup>. En agosto de 2017, se dio inicio al proceso de consulta indígena propiamente tal del proyecto de reforma constitucional, incluyendo un 'diálogo nacional' que se extendió por seis días entre el 16 y 21 de octubre. El resultado fue la suscripción de un acta que incluye cinco acuerdos totales, cinco parciales y tres medidas respecto de las que no hubo acuerdo<sup>32</sup>.

Como se verá más adelante, estos acuerdos se refieren a categorías de derechos que son coincidentes con varios de los que han sido identificados como más relevantes en este trabajo.

28 24 votos a favor y una abstención.

29 Si bien en la Mesa de Diálogo para un Reencuentro Histórico, instalada el 24 de septiembre de 2010 por el Presidente Piñera, el reconocimiento constitucional figura entre las prioridades de los representantes indígenas, el Informe de Avance dado a conocer el 24 de junio de 2011 permite concluir que el apoyo no se extendía al texto del proyecto consensuado en el Senado, pues se solicitaba al Presidente una 'mesa de trabajo' para trabajar el tema.

30 Moción de 11 de julio de 2012, que modifica la Constitución Política de la República, estableciendo normas sobre la participación y la representación política de los pueblos indígenas (Boletín 8438-07); moción de 20 de diciembre de 2012 de reforma constitucional, que consagra dominio público sobre los recursos genéticos y reconoce derechos sobre conocimientos a comunidades indígenas (Boletín 8751-07); y moción de 2 de septiembre de 2015, que reconoce a los pueblos originarios y el carácter multicultural de la nación chilena (Boletín 10281-07).

31 Sistematización del proceso participativo constituyente indígena, Santiago, mayo de 2017. Este proceso se desarrolló entre agosto de 2017 y enero de 2017, con un total de 17.016 participantes en las tres modalidades de participación: encuentros programados o convocados (225, con 5.354 participantes); encuentros autoconvocados (350, con 11.124 participantes); y participación individual vía cuestionario (538 participantes).

32 Es importante consignar que existe discusión entre los pueblos indígenas respecto del valor que se le debe asignar a esta acta, pues, por un lado, no fue firmada por algunos delegados y, por otro, la representatividad de algunos de ellos ha sido puesta en duda.

Acuerdos totales	Acuerdos parciales	No acuerdos
1. Reconocimiento de la preexistencia de los Pueblos Indígenas que habitan el territorio.	1. Interpretación de la nueva constitución conforme a los derechos, deberes y obligaciones que la misma y la ley establecen para los pueblos indígenas, en concordancia con los tratados internacionales. Los delegados indígenas solicitaron una referencia expresa al Convenio 169 y a la Declaración.	1. Reconocimiento de la existencia de territorios indígenas. Una ley señalará los criterios y procedimientos para el establecimiento y demarcación de los territorios indígenas. Los delegados solicitaron el reconocimiento de la existencia de territorios ‘ancestrales’ indígenas.
2. Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a conservar, fortalecer y desarrollar su historia, identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones propias.	2. Derecho a participar plenamente en la vida política del Estado en todos los órganos colegiados. En el caso del Congreso Nacional, esta representación se materializará a través del 10% de escaños reservados, asegurando paridad de género. Los delegados indígenas solicitaron un 20%.	2. Delegados indígenas solicitaron que la constitución establezca que Chile es un Estado Plurinacional.
3. Deber del Estado de preservar la diversidad cultural del país.	3. Reconocimiento de la salud intercultural y de la medicina tradicional. Los delegados indígenas solicitaron el reconocimiento expreso de las autoridades ancestrales en materia de salud.	3. Delegados indígenas solicitan que el Convenio 169 y la Declaración tengan rango constitucional.
4. Reconocimiento y protección de los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas, su patrimonio cultural, material e inmaterial.	4. Elevar a rango constitucional el deber de consulta. Los delegados indígenas solicitaron una referencia expresa a los estándares del Convenio 169.	
5. Principio de igualdad y no discriminación.	5. Derecho a la libre determinación, a ejercerse en el marco constitucional a través de estatutos especiales dentro del territorio. Los delegados indígenas solicitaron eliminar esa limitación.	

### La consagración constitucional de los pueblos indígenas como una exigencia del reconocimiento

Más atrás anunciamos que existe una tensión entre lo que algunos tildan como ‘reconocimiento simbólico’ –aquél que se limita a visibilizar la existencia de los pueblos indígenas y la diversidad cultural que la misma entraña– y un reconocimiento de derechos. En esta sección, trataremos de demostrar que la etiqueta de ‘simbólico’ no debe movernos a error en cuanto a su relevancia, pues su fundamento último se encuentra precisamente en una exigencia del reconocimiento en cuanto deber básico de justicia.

Y así es. La cuestión de la visibilidad, por obvia que parezca, tiene una importancia fundamental en la cons-

trucción argumentativa del reconocimiento constitucional. Recientemente, Namuncura (2016) lo articulaba de esta forma:

“Para sus respectivas siete constituciones a partir de 1833, los pueblos indígenas sencillamente no existen: ni como indios, ni como poblaciones, ni como nativos, ni como bárbaros, ni como indígenas no civilizados. No están, simplemente. No existen. Y he aquí la mayor soberbia de nuestra construcción como Estado y como nación: la indiferencia absoluta con sus pueblos originarios”.

Nos parece que esta afirmación no puede leerse como la mera constatación de una falla histórica de la sociedad chilena. Creemos que contiene además un llamado a la acción para corregir esa indiferencia, y esa acción no

puede sino partir con un reconocimiento constitucional. Escribiendo hace ya casi quince años, Prado (2003) decía que la llamada cuestión indígena obliga a pasar de la simple constatación de un hecho –la presencia de los pueblos indígenas– a la determinación de las consecuencias institucionales y jurídicas que se pueden extraer de dicha presencia. Este camino, agregaba, tiene como elemento necesario y continuo el reconocimiento.

Pero ¿qué significa que el reconocimiento de los pueblos indígenas sea una exigencia de justicia? Siguiendo a Taylor (1995), la respuesta a esa pregunta puede vislumbrarse al comprender que la exigencia del reconocimiento se vuelve apremiante debido a los nexos que existen entre reconocimiento e identidad, donde este último término designa algo equivalente a la interpretación que hace cada persona de quién es y de sus características definitorias fundamentales como ser humano. De esta manera, la identidad de cada cual se moldea en parte por el reconocimiento, la falta de este o el falso reconocimiento de otros. Así, un individuo o grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo, degradante o despreciable de sí mismo.

En este sentido, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas no puede construirse de cualquier forma, sino que debe surgir desde una exigencia básica de justicia. Con ello queremos decir que un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas no tiene que ver solo con enmendar una omisión histórica, sino también con fijar las reglas de una nueva fórmula de convivencia que se basa en reconocer la identidad del otro, renunciando a la idea de asimilación. Se trata, como decía el mismo Prado (2003), de ‘reconocer en la diferencia’, pues solo allí está la base para una auténtica inclusión:

“En suma, el reconocimiento de los pueblos indígenas en su diferencia, sin exigir de ellos que renuncien a sus particularidades o que las consideren características accesorias sin relevancia pública, es una exigencia de justicia que éstos reclaman para poder seguir existiendo como colectividades animadas por una cultura propia, por una cosmovisión distinta a la de la sociedad que los rodea”.

Como se puede apreciar, el capital simbólico –o simbolismo político, como lo han llamado algunos– de un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas no puede subestimarse. Hasta ahora, tenemos que una consagración constitucional de los pueblos indígenas como una exigencia del reconocimiento comprende al menos los siguientes elementos:

- (i) Una constatación de la presencia o existencia de los pueblos indígenas;
- (ii) Un reconocimiento y valoración de sus particularidades propias; y
- (iii) Un reconocimiento y asignación de derechos<sup>33</sup>.

Nos concentraremos ahora en el tercero de esos elementos.

### **El reconocimiento constitucional como un reconocimiento de derechos: factores a considerar**

A partir de 2009, el debate sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas dio por sentada la parte simbólica de su contenido y se enfocó en cambio en la cuestión del reconocimiento de derechos. Como decía Prado (2003), una vez aceptado el reconocimiento como principio normativo es indispensable abocarse a la tarea de diseñar instituciones y procedimientos y de asignar obligaciones y derechos que hagan del reconocimiento una característica de la forma en que nuestro sistema legal se ocupa de las relaciones interculturales.

Este nuevo foco daba a su vez por sentada la existencia de un conjunto de derechos específicos, anclados en la Declaración Universal y consagrados en dos instrumentos: el Convenio N°169 de la OIT, adoptado en 1989, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante, la Declaración), aprobada en el año 2007.

#### **1. Una cuestión preliminar: derechos individuales y derechos colectivos**

La Declaración reconoce que los pueblos indígenas, sobre la base de la libre determinación, tienen el derecho de perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Este derecho no puede hacerse realidad sal-

33 Cabe hacer presente que, en el marco del proceso constituyente general, los encuentros autoconvocados contemplaban como principales tópicos los siguientes: instituciones, derechos y obligaciones. No ocurrió lo mismo en el proceso constituyente indígena, en el que las opciones de tópicos solo eran instituciones y derechos. Esta diferencia podría deberse a que las obligaciones que consagra la Constitución se aplican por igual a indígenas y no indígenas, mientras que en materia de derechos sí cabría hacer distinciones.

vo que sus prácticas, costumbres, prioridades e instituciones estén totalmente reconocidas (OIT, 2009). Este reconocimiento supone la identificación de los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos que complementan los derechos individuales de sus miembros. Por su importancia, a continuación dedicaremos un poco más de atención a esta distinción entre derechos individuales y colectivos.

Desde una visión tradicional, solo el individuo puede ser titular de derechos fundamentales. Sin embargo, se argumenta que, en el caso de los pueblos indígenas, el ejercicio de muchos de los derechos individuales de sus integrantes solo es posible en la medida en que sus derechos como pueblos estén garantizados. En este contexto, cobra fuerza la demanda de los pueblos indígenas en torno al reconocimiento de sus derechos colectivos.

En el caso del Convenio 169, Thornberry (2002) explica que “en consonancia con su giro desde poblaciones a pueblos, 169 está más fuertemente comprometido con los derechos colectivos, incorporándolos explícitamente”, pero luego aclara: “Por otro lado, 169, al igual que 107, emplea una mezcla de lenguaje, con preeminencia para los derechos colectivos. (...) Sin embargo, las disposiciones sobre derechos individuales no debieran ser ignoradas en las evaluaciones sobre el carácter del Convenio”. El Convenio, acota el profesor Thornberry, “no es ‘purista’ en la dicotomía derechos individuales-colectivos. Los derechos se predicen respecto de individuos o el colectivo según sea apropiado al tema de que se trata”.

Más explícita es la Declaración, pues hace referencia expresa a esta dualidad de derechos individuales y colectivos: “Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (...)” (el destacado es de los autores). Como se puede apreciar, la noción de derechos colectivos está indisolublemente ligada a la de pueblos. Por tanto, predicar la existencia de derechos colectivos supone precisamente reconocer la calidad de pueblos a los grupos indígenas, entendidos como entidades colectivas naturales, con intereses colectivos y con personalidad propia, distinta y diferenciada de los sujetos individuales que las integran. Al revisar las disposiciones de la Declaración, salta a la vista inmediatamente que cada derecho es reconocido a personas indígenas, pueblos indígenas o a ambos. Así, por ejemplo, el derecho a la libre determinación es consagrado como un derecho colectivo, pues se reconoce a los pueblos indígenas. En cambio, solo se reconoce a las perso-

nas indígenas el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y a la seguridad. Se reconoce a ambos, por su parte, el derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.

La principal crítica a la noción de ‘derechos colectivos’ se ha esgrimido desde una mirada liberal. Los derechos colectivos, explicaba Sierra (2003), “pueden tener dos caras: una externa y otra interna. La primera tiene por objeto dar al colectivo ‘visibilidad’, de manera que no sean ignorados cuando se diseñan políticas públicas que los afecten. La segunda busca dar al colectivo un poder de coacción sobre sus miembros”. En este sentido, alertaba Sierra, la consagración de esta clase de derechos implicaría la interposición entre las personas y el Estado de ciertos colectivos indígenas, dotados de determinadas potestades normativas y titulares de ciertos derechos colectivos. Pero más importante que eso, concluía, si los derechos son una herramienta destinada a proteger a los individuos del poder, “al pensarlos colectivamente, lo que se hace es concentrar un poder frente a ciertos individuos”.

Así las cosas, aunque parezca una cuestión ya superada, la primera y principal disyuntiva será si el reconocimiento se limita a su componente simbólico o genérico, o si además se extenderá al reconocimiento de derechos y, en este último caso, a cuáles específicamente.

## 2. Anclaje teórico del reconocimiento: la interculturalidad

Una segunda disyuntiva, tal vez la más importante, será el anclaje teórico del reconocimiento. Esto es lo que, en términos coloquiales, podríamos definir como el ‘pegamento’ o principio activo del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Se trata aquí, ni más ni menos, de la identificación del valor o valores que sustentarán la fórmula de convivencia que consagraremos en la Constitución.

Creemos que el punto de partida es uno donde no puede sino existir consenso: es un hecho que en la sociedad chilena existe una multiplicidad o diversidad de culturas, entre las cuales están las de los pueblos indígenas. Siguiendo a Figueroa (2006), creemos que es importante distinguir entre esa realidad —que podemos llamar multiculturalidad— y las respuestas político-normativas a la misma.

Una de esas respuestas ha sido entregada por el llamado ‘multiculturalismo’. Según Moncusí Ferré (2004), el multiculturalismo constituiría “un tipo de orientación política”, es decir, “un modelo que trata de dar acomodo

a la diversidad cultural reconociéndola de manera explícita y pública”. El multiculturalismo —dice Figueroa siguiendo a Giménez— habría surgido “como un modelo de política pública y como una filosofía o pensamiento social de reacción frente a la uniformización cultural”, así como “una oposición a la tendencia presente en las sociedades modernas hacia la unificación y la universalización cultural (...)”. Desde este punto de vista, el multiculturalismo busca proteger la variedad cultural. Pero esta reacción, creemos, se basa esencialmente en afirmar la coexistencia y tolerancia como valores fundantes de la convivencia social. Esta propuesta ha sido etiquetada por algunos autores como ‘tolerancia pasiva’, precisamente porque su base es el reconocimiento y la coexistencia en un plan de tolerancia.

Tal vez porque se percibe que el multiculturalismo es una respuesta necesaria, pero no suficiente al fenómeno de la diversidad cultural, se ha planteado como alternativa la idea de la ‘interculturalidad’ o ‘interculturalismo’, entendidos como la interacción entre dos o más culturas de modo horizontal y sinérgico y, por tanto, como una condición que favorece la convivencia armónica de todos los individuos. La interculturalidad se puede caracterizar así como una intención directa de promover el diálogo y el acercamiento entre culturas. En su versión latinoamericana, el interculturalismo plantea justamente “una crítica a la concepción del otro implícita en el enfoque multicultural que propugna por ir más allá de sus horizontes normativos, la tolerancia y la coexistencia, para construir el respeto, la convivencia, el diálogo y el aprendizaje mutuo entre culturas” (Cruz, 2014).

Reconociendo la complejidad de la cuestión, nuestra opinión es que la interculturalidad es el ‘principio activo’ que tiene mayor potencialidad para generar un esfuerzo genuino de encuentro cultural, que supere la lógica de tolerancia pasiva que nos parece caracteriza al multiculturalismo. Si bien una opción por la interculturalidad no debiera ser expresa en el texto del reconocimiento constitucional, abordar la cuestión como parte del debate parlamentario podría tener un valor orientador para las políticas públicas que se desarrollen en el futuro.

### 3. La cuestión de la plurinacionalidad

En los últimos meses, algunos han planteado que la Constitución debe reconocer a Chile como un Estado plurinacional, en el marco de lo que se considera un ‘tercer ciclo del reconocimiento de derechos de pueblos indígenas’. En abono de esta tesis se suelen citar los casos de las constituciones de Ecuador (2008) y Bo-

livia (2009), teniendo ambas en común —en palabras de Aylwin (2013)— “el hecho de que reconocen que un Estado unitario no es incompatible con la existencia de una pluralidad de naciones”.

Al respecto, bajo el título Reconocimiento constitucional y Estado plurinacional, el documento de sistematización del Proceso Participativo Constituyente Indígena del Ministerio de Desarrollo Social (2017) da cuenta de que esta fue una de las ideas mencionadas por los participantes:

“El reconocimiento de la diversidad cultural del país y la inclusión efectiva de los distintos pueblos que lo habitan implica un cambio en la configuración del Estado, que permita la expresión de esta diversidad y su participación en las decisiones del país, y sobre todo de las que les afectan directamente a ellos y a sus territorios, lo que se expresa en la idea de que Chile debe ser un Estado plurinacional”.

Y luego agrega:

“El reconocimiento constitucional y la declaración de un Estado plurinacional implica, de acuerdo a lo registrado en las actas, el fortalecimiento de la cultura de los pueblos indígenas, en particular de las estructuras organizativas y representativas, que les permita una adecuada participación en la toma de decisiones y el concierto político general”.

Como se puede apreciar, la cuestión de la plurinacionalidad está tratada en términos muy generales. De hecho, todos los argumentos que se esgrimen para justificar la declaración de Chile como un Estado plurinacional se refieren al ejercicio o fortalecimiento de derechos cuyo reconocimiento en una reforma a la Carta Fundamental ya está considerada. Por lo mismo, no se avizora por qué una declaración de Chile como un Estado plurinacional sería condición necesaria para la salvaguardia de esos derechos. Sin embargo, el hecho de que se haya constituido en uno de los puntos de disenso del reciente proceso de consulta es sintomático de al menos dos cosas: la importancia que le atribuyen los dirigentes indígenas, y la resistencia de una parte importante de la sociedad (representada por el Gobierno en esta oportunidad) a incorporarlo.

#### 4. Los derechos

Siguiendo la caracterización normativa conforme al Convenio 169 y la Declaración, se analiza a continuación el contenido de ciertos derechos que a nuestro parecer serán parte esencial del debate acerca del reconocimiento constitucional, así como posibles discusiones que podrían surgir a su respecto. Esta sección tiene por objeto plantear que el reconocimiento de derechos va más allá de su mera inclusión en el texto, y que, por tanto, es relevante vislumbrar las implicancias prácticas o consecuencias que podría tener su consagración constitucional.

Los derechos considerados son los siguientes:

- Derecho a la libre determinación.
- Derecho a sus propias instituciones políticas, culturales, económicas y sociales.
- Derecho a la participación.
- Derecho consuetudinario indígena.
- Derecho a las tierras, territorios y recursos naturales.

##### 4.1 Derecho a la libre determinación

El más importante de los derechos colectivos –y tal vez el más incomprendido también– es el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. La Declaración establece que, en virtud de este derecho, los pueblos indígenas determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural; y que en su ejercicio tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales<sup>34</sup>. Por su parte, el Convenio 169 tiene una fórmula distinta<sup>35</sup>, pero que apunta en esencia a lo mismo: el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que 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<sup>36</sup>.

En Chile, el derecho a la libre determinación y al autogobierno se ha planteado en relación con los estatutos especiales o autonómicos. Sin embargo, ¿qué implicancias concretas tendría reconocer este derecho en nuestra carta fundamental? Tanto la Declaración como el Convenio 169 descartan que este derecho se extienda a lo que la doctrina denomina como ‘autodeterminación externa’, es decir, el derecho de un pueblo a decidir su separación de un Estado. El Convenio 169 lo hace cuando señala expresamente que la utilización del término ‘pueblos’ no debe interpretarse en el sentido que se le atribuye a dicho término en el derecho internacional. La Declaración, por su parte, se cuida de señalar que “nada de lo señalado en la presente Declaración (...) se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

Si lo anterior es así, un derecho de libre determinación consagrado constitucionalmente solo puede referirse a la denominada ‘autodeterminación interna’, es decir, el derecho de los pueblos indígenas a decidir libremente sus prioridades de desarrollo cultural, social y económico, así como su organización política, dentro del Estado. Así las cosas, creemos que la ‘bajada’ natural del derecho de libre determinación, en una discusión sobre su consagración constitucional, es el derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales.

Al respecto, desde ya sabemos que la actual Constitución reconoce como ‘territorio especial’ a Isla de Pascua, el que se regirá por un estatuto también especial que hasta la fecha no se ha dictado<sup>37</sup>. Cabría preguntarse si existe algún otro territorio en Chile cuyas características hagan necesaria o conveniente la creación de un estatuto especial que considere ‘espacios de autonomía’ para los respectivos pueblos indígenas en ciertas materias.

34 Artículo 3° Declaración.

35 Artículo 7° N° 1 Convenio 169.

36 Es importante mencionar que, según las palabras de la propia OIT, las disposiciones del Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas son compatibles y se refuerzan mutuamente, aun cuando fueron negociados en épocas y entes diferentes, razón por la cual tienen divergencias en algunos aspectos.

37 La Reforma Constitucional de 2007 estableció los territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández (Ley N° 20.193). Dicha reforma agrega el artículo 126 bis en el Capítulo XIV de la Constitución señalando que: “Son territorios especiales los correspondientes a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández. El Gobierno y Administración de estos territorios se regirá por los estatutos especiales que establezcan las leyes orgánicas constitucionales respectivas”. Posteriormente mediante la Ley N° 20.573 de 2012 se agrega un inciso segundo al artículo 126 bis que establece: “Los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde cualquier lugar de la República, garantizados en el numeral 7° del artículo 19, se ejercerán en dichos territorios en la forma que determinen las leyes especiales que regulen su ejercicio, las que deberán ser de quórum calificado”.

Es relevante precisar que el reconocimiento de autonomías no solo se refiere a las territoriales, sino también a espacios para la decisión de sus asuntos propios, mediante el fortalecimiento de sus instituciones representativas y la posibilidad de que puedan determinar o regular ciertos temas al interior de la comunidad, por ejemplo, en materia de educación, salud o desarrollo. Con ello, los espacios de autonomía abarcan a toda la comunidad, aun cuando parte de ella habite en zonas urbanas.

#### 4.2 Derecho a sus propias instituciones políticas, culturales, económicas y sociales; derecho a la participación

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar y desarrollar —además de que se respeten, promuevan, salvaguarden y reconozcan—, sus sistemas o instituciones políticas, culturales, económicas y sociales<sup>38</sup>, lo que incluye sus prácticas, costumbres, tradiciones, derecho consuetudinario y sistemas legales. Estas instituciones permiten hacer efectiva la consulta y participación en los procesos de toma de decisiones que los afectan.

Son en gran medida estas instituciones propias que se han mantenido en el tiempo, lo que distingue a los pueblos indígenas de otros sectores de la población nacional; sin embargo, ello no significa que sean inmutables, por cuanto también se adaptan a la realidad en la que viven, creándose así nuevas instituciones y formas de organización. Por tanto, no debe entenderse que este derecho solo aplica a las instituciones tradicionales o ancestrales, sino que también a prácticas actuales del desarrollo social, cultural y económico de los pueblos indígenas (OIT, 2009).

Mediante estas instituciones propias, los pueblos indígenas tienen derecho a su vez, a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado<sup>39</sup>. Esta participación abarca:

(i) Los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses, por conducto de representantes elegidos por ellos en conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones<sup>40</sup>.

(ii) Los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen<sup>41</sup>.

(iii) La consulta de las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento<sup>42</sup>.

Con el objetivo de garantizar la participación de los pueblos indígenas, varios países han adoptado medidas encaminadas a consolidar sus instituciones representativas, a través de las cuales se canaliza la participación —en muchos casos política— y la consulta<sup>43</sup>.

Creemos que el derecho a la participación tiene dos aristas que son particularmente relevantes en el contexto de un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. La primera de ellas se refiere al reconocimiento

Sin perjuicio del reconocimiento de este espacio de autonomía, la disposición transitoria vigésimo segunda establece que “mientras no entren en vigencia los estatutos especiales a que se refiere el artículo 126 bis, los territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández continuarán rigiéndose por las normas comunes en materia de división político-administrativa y de gobierno y administración interior del Estado”. Dado que dichos estatutos aún no son aprobados, la reforma constitucional es meramente declarativa. En 2008 ingresó al Congreso Nacional el Proyecto de Ley (Boletín 5940-06) que establece un Estatuto Especial de Gobierno y Administración para el territorio de Isla de Pascua, el que se encuentra en primer trámite constitucional.

38 Declaración artículos 4º, 5º, 18, 20, 33 y 34. Convenio 169 artículos 2.1, 4.1, 5º, 6.1, 8.2.

39 De especial importancia en materia de derechos políticos es la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yatama vs. Nicaragua*. En él, se condenó a Nicaragua por la violación del derecho de participación política del partido indígena *Yatama* y ordenó al Estado a adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar el derecho de los indígenas a participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones en asuntos políticos, integrándose a los órganos estatales en forma proporcional a su población.

40 Artículo 18 Declaración.

41 Art. 6º N°1 b) Convenio 169.

42 Artículo 6º N°1 a) y N°2 Convenio 169.

43 Es el caso de consejos consultivos en Bolivia, Marruecos y Filipinas; del Órgano Nacional de Representación Indígena en Australia; y del Parlamento *Sami* en Noruega, Suecia y Finlandia. Otro ejemplo es la representación política del pueblo maorí en Nueva Zelanda, quien tiene bancas aseguradas en el Parlamento cuya cantidad varía en función de la cantidad de maoríes que se registren en el padrón. La participación también se da a nivel de gobiernos regionales y locales, relacionada con el reconocimiento de cierta autonomía en divisiones territoriales especiales. Así, en Panamá existen las Unidades Territoriales Especiales, las que tienen autonomía administrativa a través de sus congresos generales, tradicionales, regionales y locales.

de sus instituciones representativas, pues es a través de ellas que se debe canalizar una parte importante de su participación política. Las instituciones representativas de los pueblos indígenas son, tal como lo ha indicado la OIT, las que ellos mismos reconocen como tales. Desde esta perspectiva el rol del Estado es visibilizar las instituciones que ya existen o instar por la creación de nuevas, si las primeras no existen o son insuficientes. Tal creación debe ser el resultado de la decisión de los propios pueblos indígenas o como mínimo debe serles consultada. En este punto cobra particular relevancia el proyecto de ley que actualmente se discute en el Congreso Nacional que establece la creación de un consejo por cada uno de los pueblos indígenas reconocidos en la Ley Indígena, más un consejo nacional que los agrupa a todos y representa ante el Estado. La discusión y contenido final de este proyecto van a ser determinantes en la configuración futura de la interlocución política de esos consejos de los pueblos indígenas con el Estado, así como en su participación en procesos de consulta de alcance nacional y particular para cada uno de los pueblos individualmente considerados.

La segunda arista se refiere a la participación política de los pueblos indígenas, en particular, en el órgano legislativo<sup>44</sup>. Desde hace algún tiempo se ha venido planteando la posibilidad de establecer alguna fórmula de participación política especial de los pueblos indígenas en el Congreso Nacional, sea por la vía de cuotas, escaños especiales u otro mecanismo. Los estudios de opinión muestran que una mayoría de chilenos –indígenas y no indígenas– apoyan la existencia de parlamentarios que representen la visión de los pueblos indígenas a través de alguna de esas fórmulas<sup>45</sup>. Por supuesto, hay quienes creen que a las personas indígenas se les debieran aplicar las reglas generales sobre participación política y de conformación de partidos. Sin embargo, creemos que esta cuestión excede con creces el debate sobre las ventajas o desventajas de la acción afirmativa como política pública. El Estado tiene la obligación de garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la participación, lo que en algunos casos conlleva la adopción de medidas para hacer frente a las barreras de entrada que impiden a los pueblos indígenas participar en igualdad de condiciones con el resto de la población.

Desde un punto de vista sustantivo, la pregunta clave es si una plena inclusión de los pueblos indígenas –y, por tanto, el fortalecimiento de la democracia– hace necesario contar con su participación en la toma de decisiones legislativas. Pero la cuestión también se puede argumentar desde un ángulo pragmático e instrumental: mientras no exista una participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones legislativas, siempre existirá espacio para argumentar que en Chile no hay suficientes instancias de participación política, lo que se puede terminar constituyendo en un obstáculo permanente para avanzar hacia un mejor diálogo intercultural.

Es necesario reconocer que se trata de un asunto complejo donde existen cuestionamientos que no es posible soslayar. Un trabajo del Centro de Estudios Públicos ya lo advertía en 2014:

“Los mecanismos de representación especial para los pueblos indígenas constituyen una excepción a los principios de la democracia liberal y al concepto tradicional de representación. Su creación, por tanto, es doblemente difícil. En primer lugar, debe superar un cuestionamiento teórico, ya que, considerando que altera los principios de igualdad, neutralidad y universalidad de la democracia moderna, es necesario que se explique por qué se hace necesario y cuáles son los argumentos que lo justificarían. En segundo lugar, existen dificultades prácticas que este mecanismo debe superar, que, como se expondrá a continuación, dependerán de la forma que tome su diseño”.

El mismo trabajo, sin embargo, al tratar dicha justificación afirmaba luego que “parece más acorde considerar que el establecimiento de esta representación especial se origine al estimar que los derechos políticos existentes son insuficientes para representar a ciertas minorías, aun cuando no existan restricciones especiales sobre dichos derechos. Es decir, el objetivo de establecer mecanismos diferenciados es tener en cuenta los intereses y las perspectivas de determinadas minorías en el proceso de toma de decisiones a nivel nacional. Se trata entonces de responder a una situación de discriminación sistemática sufrida históricamente por grupos desventajados e

44 Dado que la mayoría de los proyectos de reforma constitucional que buscan asegurar la participación política de los pueblos indígenas aluden a dicha participación en sede legislativa, nos referiremos solo a ella. Sin embargo, esto no obsta a que exista un reconocimiento de la participación en otros órganos como los gobiernos regionales y locales.

45 Véase, por ejemplo, la Primera Encuesta de Relaciones Interculturales desarrollada en octubre de 2013 por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo; y la Encuesta CEP ‘Los mapuche rurales y urbanos hoy’, del Centro de Estudios Públicos, desarrollada en marzo-mayo de 2016.

invisibilizados, en la búsqueda de que puedan participar activamente del sistema político”.

Es por lo anterior y por los argumentos antes expuestos que creemos que el texto constitucional que resulte de este proceso debe establecer alguna fórmula de participación política especial en el Congreso Nacional. Sin embargo, el debate aún tiene poca madurez y se requiere evaluar en detalle las ventajas y desventajas de las distintas fórmulas, así como los demás ajustes que sería necesario hacer para darles viabilidad (registro electoral especial, etc.).

### 4.3 Derecho consuetudinario indígena<sup>46</sup>

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, lo que incluye, cuando existan, sistemas jurídicos. Para ello, al aplicar la legislación nacional, el Estado debe tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, tanto en materia penal como en lo relacionado con las cuestiones que afecten los intereses económicos del Estado o de terceros, en especial en lo que respecta a derechos consuetudinarios sobre las tierras, territorios y recursos.

En el ejercicio de este derecho los pueblos indígenas pueden determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades, lo que conlleva respetar los métodos a los que recurren tradicionalmente para resolver sus controversias y reprimir los delitos cometidos por sus miembros. En este contexto, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos así como sus características económicas, sociales y culturales.

El reconocimiento de las costumbres y derecho consuetudinario de los pueblos indígenas constituye un pilar fundamental para el desarrollo de un régimen legal que incorpore dichas prácticas y les permita coexistir con el resto de la normativa como parte del sistema jurídico nacional. Sin embargo, el reconocimiento de estos derechos no está exento de problemáticas asociadas a su ámbito de aplicación y restricciones.

El alcance de este reconocimiento y coexistencia dependerá de dos factores principales: (i) la medida en que

el sistema legal nacional acepta el pluralismo jurídico, entendido este último como el reconocimiento y aceptación por el Estado de la aplicación de las costumbres y derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y, por tanto, como un requisito indispensable del multiculturalismo; y (ii) las áreas o ámbitos del sistema legal en las cuales se acepta que tales costumbres y derecho consuetudinario indígena sean aplicables.

A su vez, y en conformidad al Convenio 169, el ejercicio de costumbres y derecho propio de los pueblos indígenas tiene un límite, por cuanto debe ser compatible con el ordenamiento constitucional interno y con el respeto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos<sup>47</sup>. En la misma línea, se desprende de los textos constitucionales de varios países latinoamericanos que el pluralismo jurídico –en tanto reconocimiento de jurisdicción indígena y sistemas judiciales propios– tiene dos limitaciones: (i) jerarquía mayor del derecho estatal, y (ii) el derecho internacional de los derechos humanos.

En materia de reconocimiento de costumbres indígenas, una cosa son las restricciones que impone la teoría y el derecho, y otra lo que ocurre en la práctica. Así, las costumbres y el derecho consuetudinario indígena parecen tener más aceptación en la sociedad no indígena cuando se mantienen en el ámbito de las relaciones interpersonales (por ejemplo, diferentes costumbres de índole cultural, social o religiosa que se practican al interior de las comunidades). Por otra parte, se observa mayor reticencia cuando las costumbres y el derecho consuetudinario indígena afectan intereses del Estado o de terceros (económicos o de otra índole y, en especial, cuando involucran tierras, territorios o recursos naturales). El derecho consuetudinario plantea problemas a su vez, cuando pugna con principios jurídicos fundantes del orden legal o con derechos humanos internacionalmente reconocidos, como sería el caso de aquellas costumbres penales indígenas, que implican el ejercicio de formas de autotutela. En este caso, se ve como una amenaza para los sistemas jurídicos nacionales, más que como un aporte válido para el desarrollo del pluralismo jurídico (OIT, 2009).

En nuestro país, la Ley Indígena incluye un reconocimiento expreso de la costumbre como fuente de derecho en materia de justicia, pero lo hace estableciendo una cláusula de compatibilidad constitucional<sup>48</sup>. Una pregun-

46 Declaración artículos 34 y 35. Convenio 169 artículos 8.1, 9 y 10.

47 Artículo 8° N°2 del Convenio 169.

48 Artículo 54. La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal, se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.

ta válida es si dicho reconocimiento debe ser reproducido, desglosado o ampliado en el texto constitucional<sup>49</sup>.

#### 4.4 Derecho de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos naturales<sup>50</sup>

El Convenio 169 parte por afirmar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan o utilizan, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. Luego, especifica los deberes de los gobiernos al respecto:

- (i) Reconocer el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas. Por ello, en ciertos casos deben tomarse medidas para salvaguardar el derecho a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia<sup>51</sup>.
- (ii) La obligación por parte del Estado de tomar las medidas necesarias para determinar las tierras ocupadas tradicionalmente, así como de establecer procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras<sup>52</sup>.
- (iii) El respeto a las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros del pueblo<sup>53</sup>.
- (iv) El derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras<sup>54</sup>.

La Declaración, por su parte, establece el derecho de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido. Si bien este lenguaje no se diferencia mucho del utilizado por el Convenio 169, la Declaración es más conocida porque establece la obligación de los Estados

de consultar a los pueblos indígenas, a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos.

La cuestión de las tierras, el territorio, los recursos naturales y los derechos que deberían reconocerse a los pueblos indígenas es tal vez uno de los asuntos más complejos que plantea el reconocimiento, tanto a nivel legal como en un eventual abordaje constitucional. Evidencia de ello es que el reconocimiento del territorio es uno de los puntos en que no se llegó a acuerdo en la consulta indígena sobre el reconocimiento constitucional. Esta complejidad se explica por al menos dos razones: primero, por las discrepancias que se plantean respecto de los alcances y exigencias que establecen los instrumentos internacionales —en particular el Convenio 169 y el concepto de territorio— en esta materia; y, segundo, por las dificultades que supone conciliar dicho concepto con la legislación doméstica.

Respecto de la primera, se suele argumentar el derecho al territorio y el derecho a las tierras sin reparar en las sutilezas que el mismo Convenio 169 hace cuando trata ambas materias. Así, por ejemplo, este señala expresamente que el concepto de territorio deberá tenerse en cuenta tratándose de los artículos 15 y 16 del mismo tratado, que se refieren específicamente a la explotación de recursos del subsuelo y al reasentamiento<sup>55</sup>. Por otra parte, el Convenio 169 no impone a los estados un deber de protección de las tierras indígenas, entendido como un estatuto de limitaciones al dominio de las mismas, como es el caso del que establece la Ley Indígena. Desde este punto de vista, no tendría sentido consagrar en la constitución una obligación de protección que vaya más lejos de lo que el mismo Convenio 169 establece. En cuanto a la segunda razón, sabemos que el derecho nacional establece una independencia entre el dominio de la propiedad superficial y el dominio de otros de-

49 Desde ya cabe notar que uno de los aspectos relevados en el 'proceso constituyente indígena' fue precisamente el reconocimiento de la costumbre y del derecho consuetudinario.

50 Declaración artículos 25, 26, 27 y 29; Convenio 169 artículos 7°, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19; Convención Americana artículos 21 y 29.b; Declaración Americana artículo 23; CERD artículo 5°; Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 17; OG CERD XXIII; Convenio sobre Diversidad Biológica artículos 1° y 8°; Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo principio 22; Agenda 21, Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible capítulo 26.

51 Convenio 169 artículos 13 y 14.1.

52 Convenio 169 artículos 14.2 y 14.3.

53 Convenio 169 artículo 17.1.

54 Convenio 169 artículo 15 N°1.

55 Refiriéndose explícitamente a sus artículos 15 y 16, que regulan la utilización de los recursos naturales, la explotación por privados de los recursos del subsuelo y el reasentamiento, el Convenio 169 señala expresamente que la utilización en ellos del término "tierras" debe incluir el concepto de "territorios", lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna otra manera.

rechos como el de aprovechamiento de las aguas y las concesiones mineras. Esta singularidad no es fácil de conciliar con la lógica del concepto de territorio, en la medida que se concibe como un todo integral y no como bienes o derechos cuyo dominio puede estar disgregado en diferentes manos.

Ambas razones deben motivar una reflexión sobre la finalidad y alcance de incluir en el texto constitucional un eventual reconocimiento del llamado ‘derecho al territorio’. Un reconocimiento en esta materia –dependiendo de cómo se configure– podría tener impacto en dos ámbitos: en la constitución de ciertos derechos sobre tierras de propiedad de indígenas, o en los criterios para entender si una determinada actividad es susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas. En el primer ámbito, a modo de ejemplo, un reconocimiento podría limitar la constitución de concesiones mineras de terceros sobre propiedad superficial indígena. En el segundo ámbito, también a modo de ejemplo, el reconocimiento podría tener implicancias respecto a la determinación del espectro de actividades de los pueblos indígenas que es susceptible de ser impactada por un proyecto o actividad productiva, más allá de los límites conocidos de las áreas de influencia de los mismos.

Pero un reconocimiento en esta materia también podría tener otro tipo de repercusiones. Debiéramos preguntarnos, por ejemplo, si queremos refrendar a nivel constitucional el deber legal de protección de las tierras indígenas que hoy consagra la Ley N°19.253 reflejado en un estricto estatuto de limitaciones al derecho de dominio, considerando que el hacerlo podría significar un obstáculo importante para una discusión que cada vez toma más fuerza en orden a flexibilizar dicho estatuto, cuestión para cuya decisión los pueblos indígenas deberían gozar de plena autonomía.

## Conclusiones

Escribiendo al cumplirse diez años de la entrada en vigencia de la Ley Indígena, Prado (2005) formulaba una reflexión que bien puede seguir siendo válida casi quince años después:

“No obstante sus propósitos, al hacer un diagnóstico preliminar, pareciera que la ley 19.253 no ha impedido que la llamada cuestión indígena se agrave, hasta un punto en que solo parece quedar el recurso a la perplejidad. (...) Nadie puede dudar que el objetivo no era fácil y que requería más que una buena ley. En cierto modo

ha sido la misma aplicación de la ley indígena la que ha permitido advertir sus limitaciones y apreciar cuán difícil resulta implantar la nueva relación intercultural a la que aspiraba”.

El mismo Prado afirmaba luego, “creyendo que aún es necesario y urgente construir esas relaciones diferentes y mejores con los pueblos indígenas”, que uno de los objetivos de su trabajo era contribuir a “establecer que la cuestión indígena debe ser entendida como una cuestión constitucional, que impone definir un nuevo modelo de relaciones interculturales frente a la diferencia indígena. En la medida en que la mayoría acepta la realidad de dicha diferencia, dispondríamos de un consenso inicial más amplio del que podría suponerse”.

Al iniciar este trabajo, dijimos que habíamos optado por asumir que una mayoría de chilenos –indígenas y no indígenas– estima que es un imperativo democrático y de justicia avanzar hacia un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Al escribir las últimas líneas de esta opinión, nos preguntamos si el proceso de cambio constitucional constituirá una oportunidad para consensuar la visión que queremos retratar en la constitución –la nueva fórmula de convivencia o modelo de relaciones interculturales– o si podría desnudar ferozmente que ese consenso inicial al que se refería Prado es mucho menos amplio del que se requiere para un empeño de esta envergadura.

La evidencia disponible muestra que existe un sólido respaldo al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, particularmente en lo que se refiere al reconocimiento de su existencia y de su aporte a la riqueza cultural del país. Creemos, sin embargo, que aún existe una relativa desinformación e incompreensión respecto de la importancia y alcance que tiene incluir un reconocimiento de sus derechos. La falta de un consenso más amplio respecto de ellos se debe, al menos en parte, a una comprensión inadecuada del fundamento y aplicación práctica de dichos derechos.

Tras casi treinta años de discusión, el debate sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas aún encuentra obstáculos en la forma de argumentos que se supone han sido ya superados, o que no debieran erigirse como ‘piedras de tope’. Así, por ejemplo, aún subsisten voces que se incomodan con el uso de la palabra ‘pueblos’, o que se oponen a aprobar el proyecto por considerarlo insuficiente, o por estimar que no se ha consultado como corresponde refugiándose en visiones maximalistas.

Pero el paso de los años también juega a favor del reconocimiento. Décadas de debate permiten hoy identificar con mayor precisión el sustrato mínimo del reconocimiento y derechos que deben tenerse en consideración en el marco de la discusión actual. Así, un futuro proyecto de reforma constitucional no podrá sino incluir un reconocimiento expreso a los pueblos indígenas en cuanto tales, así como un reconocimiento de derechos.

Un aspecto práctico que suele obviarse en las discusiones sobre reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas es la cuestión de su implementación. Como lo ha destacado Yrigoyen (2011), el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas en las constituciones latinoamericanas en muchos casos no ha ido acompañado de los necesarios mecanismos institucionales para hacerlos efectivos. Este aspecto requerirá sin duda atención en el futuro debate parlamentario.

Con este trabajo hemos querido hacer un aporte a la comprensión sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, en la convicción de que existen temores, resquemores y suspicacias que siguen conspirando para obstaculizar un entendimiento más pleno sobre su rol e importancia. Tenemos la convicción, sin embargo, que el debate en curso sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas constituye una oportunidad única y privilegiada para abordar con altura de miras y visión de futuro todas estas cuestiones pendientes.

## Bibliografía

- Aninat, I. y González, R., 2014.** Representación de los pueblos indígenas en el Congreso. Preguntas a considerar. *Puntos de Referencia*, N° 376, Centro de Estudios Públicos.
- Aylwin, J., 2013.** Los derechos de pueblos indígenas en América Latina. En: Aylwin, J., Meza-Lopehandía, M., Yáñez, N. (eds). *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM Ediciones/Observatorio Ciudadano.
- Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003.** *Informe final*. Santiago, Chile.
- Cruz, E., 2014.** Multiculturalismo, interculturalismo y autonomía. *Estudios Sociales*, N° 43, pp. 243-269.
- Figuroa, V., 2006.** El multiculturalismo y los movimientos indígenas como marco de las políticas públicas y las estrategias de desarrollo. Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, *Documentos de Trabajo*, N° 9, octubre, Santiago.
- Figuroa, V., 2016.** Pueblos indígenas y políticas públicas. El proceso de formulación de la política indígena en Chile en el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, 1994-2000. *Gestión y Política Pública*, XXV(2), II Semestre 2016, pp. 447-482.
- Ministerio de Desarrollo Social, 2017.** *Sistematización del proceso participativo constituyente indígena*. Santiago, mayo de 2017.
- Moncusi Ferré, A., 2004.** Entrevista en Revista Teína, revista electrónica de cultura y sociedad, número 03 "Sociedades Multiculturales". Disponible en: [www.revistateina.es](http://www.revistateina.es).
- Namuncura, D., 2016.** Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y derechos indígenas en una nueva Constitución. En: Namuncura, D., Pinto, J., Pairican, F. y otros (eds). *Nueva Constitución y Pueblos Indígenas*, pp. 19-63, Pehuén Editores.
- Organización Internacional del Trabajo, OIT, 2009.** *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. Programa para Promover el Convenio Núm. 169 de la OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.
- Pinto, J., 2016.** Pueblo mapuche, 1810-2015. Dos siglos de lucha por justicia, reconocimiento y respeto. En: Namuncura, D., Pinto, J., Pairican, F. y otros (eds). *Nueva Constitución y Pueblos Indígenas*, pp. 65-103, Pehuén Editores.
- Prado, M., 2003.** La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento. *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 3, Escuela de Derecho Universidad Alberto Hurtado.
- Prado, M., 2005.** La cuestión indígena como cuestión constitucional. Algunas proposiciones para su discusión. *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, pp. 111-121. Universidad Alberto Hurtado.
- Ribera, T., 2002.** Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional en Chile. *Serie Documentos de Trabajo*, N° 343, Centro de Estudios Públicos.
- Sierra, L., 2003.** La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo. *Revista Estudios Públicos*, N° 92, Centro de Estudios Públicos.
- Taylor, C., 1995.** *El Multiculturalismo y La Política del Reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica, México.
- Torbisco, N., 2014.** Derechos indígenas: reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y para los derechos humanos. En: *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, pp. 82-127. Madrid: Marcial Pons.
- Thornberry, P., 2002.** *Indigenous peoples and human rights*. Juris Publishing-Manchester University Press, Manchester.
- Yrigoyen Fajardo, R., 2011.** El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En: Rodríguez, C. (ed) *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, pp. 139-160. Buenos Aires: Siglo XXI.

# Centro UC

## Políticas Públicas

**[www.politicaspUBLICAS.uc.cl](http://www.politicaspUBLICAS.uc.cl)**  
**[politicaspUBLICAS@uc.cl](mailto:politicaspUBLICAS@uc.cl)**

### **SEDE CASA CENTRAL**

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, piso 3, Santiago.  
Teléfono (56-2) 2354 6637.

### **SEDE LO CONTADOR**

El Comendador 1916, Providencia.  
Teléfono (56-2) 2354 5658.

### **CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC**

- Facultad de Agronomía e Ingeniería Forestal • Facultad de Arquitectura, Diseño y Estudios Urbanos
- Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas • Facultad de Ciencias Sociales • Facultad de Derecho • Facultad de Educación
- Facultad de Historia, Geografía y Ciencia Política • Facultad de Ingeniería • Facultad de Medicina