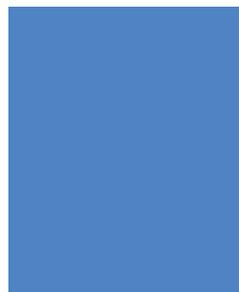




PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

Centro de Políticas Públicas UC

Contribuciones a la discusión constitucional: reconocimiento y derechos de los pueblos indígenas



TEMAS DE LA AGENDA PÚBLICA

Año 16 / N° 138 / Mayo 2021

ISSN 0718-9745

Contribuciones a la discusión constitucional: reconocimiento y derechos de los pueblos indígenas

ANDRÉS ANTIVIL

Fundación Empresas i

SEBASTIÁN DONOSO

Facultad de Derecho UC

VERÓNICA FIGUEROA

Instituto de Asuntos Públicos Universidad de Chile

SALVADOR MILLALEO

Facultad de Derecho Universidad de Chile

MARJORIE MURRAY

Escuela de Antropología UC y CIIR

MANUEL NÚÑEZ

Facultad de Derecho PUCV

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO

Centro de Políticas Públicas UC (moderador)

COORDINACIÓN Y EDICIÓN

Elisa Piña e Ignacio Casielles
Centro de Políticas Públicas UC¹

¹ Agradecemos la valiosa colaboración de Fernanda Campos en la elaboración de este documento.

Introducción

Actualmente Chile es uno de los tres países de Sudamérica -junto a Uruguay y Surinam- que carece de un reconocimiento explícito a la existencia de los pueblos indígenas en su Constitución. Pese a que desde el año 1990 en adelante se han presentado diversos proyectos de reforma constitucional en esta materia, las iniciativas no han prosperado², situando a nuestro país entre los que menos han avanzado en la materia. En efecto, dicho reconocimiento se encuentra consagrado únicamente a nivel legal, principalmente por medio de la Ley N° 19.253 (Ley Indígena) de 1993, y algunos otros cuerpos normativos sobre la materia³.

No obstante lo anterior, Chile ha suscrito y ratificado gran parte de las resoluciones y convenios internacionales relativos a los pueblos originarios. Los acuerdos iniciales son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), ambos ratificados por Chile en 1972. Aunque estos no se refieren específicamente a los pueblos indígenas, por medio de ellos los Estados declaran reconocer que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, de establecer libremente su condición política y de perseguir su propio desarrollo económico, social y cultural (artículo 1° PIDCP y Pidesc).

En relación con los pueblos indígenas en particular, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del año 1989 (en adelante, Convenio N° 169), ratificado por Chile en 2008, les reconoce derechos sobre sus tierras y territorios, fija mecanismos de participación política (consulta indígena) y reconoce el derecho a definir su desarrollo y a ejercer un control progresivo sobre los programas de salud y educación dirigidos a ellos, entre otros temas. En su artículo 2° establece

que “los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

Por otra parte, en el año 2007 la Asamblea General de Naciones Unidas, con la participación de Chile, adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Undrip, por sus siglas en inglés)⁴. Este documento reconoce directamente que los pueblos originarios tienen derecho a la libre determinación, y sobre esta base, al establecimiento de su condición política dentro del Estado y a perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural (artículo 3°). Se les reconoce, además, el derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (artículo 4°). A esta declaración se sumó la Declaración Americana de derechos de los pueblos indígenas (DADPI) del año 2016⁵, que entre otras cosas establece “el derecho al reconocimiento, observancia y aplicación de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados” (artículo XXIV).

Si bien el derecho internacional establece un marco general, entregando principios y directrices que deben ser respetados, en el caso de Chile esto no se ha reflejado en adecuaciones internas, como podría ser la adaptación de las legislaciones sectoriales y la renovación de las instituciones públicas encargadas de definir y aplicar las políticas referentes a los pueblos indígenas⁶. En ese sentido, el proceso constituyente es una oportunidad crucial para abordar este tema, y la reserva de 17 escaños para representantes de los pueblos originarios en la integración del órgano constituyente es, sin duda, un hito muy valorable⁷.

Sin embargo, dado que la discusión ocurre dentro de los márgenes de lo que la legislación e institucionalidad

2 Para mayor detalle acerca de la revisión histórica de estos proyectos, ver: Donoso, S. y Palacios, C. (2018).

3 En este sentido, la Ley N° 20.584 que regula los Derechos y Deberes de los Pacientes, en su artículo 7° establece que “en aquellos territorios con alta concentración de población indígena, los prestadores institucionales públicos deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas, el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, protección y fortalecimiento de los conocimientos y las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización en idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura”. Igualmente, la Ley General de Educación en sus artículos 28, 29 y 30 se refiere a los establecimientos educacionales con alto porcentaje de alumnos indígenas, estableciendo que en estos casos se debe considerar como objetivo general que los alumnos y alumnas desarrollen los aprendizajes que les permitan comprender y expresar mensajes simples en lengua indígena, reconociendo su historia y conocimientos de origen, entre otras materias.

4 Asamblea General, 12 de septiembre de 2007, A/61/L.67.

5 Asamblea General, 14 de junio de 2016, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16).

6 En efecto, el Relator Especial de las Naciones Unidas en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas ha recomendado a Chile consolidar instituciones indígenas con sus propios procedimientos de toma de decisiones (ONU, 2009).

7 Hasta la Ley N° 21.298, del 23 de diciembre del año 2020, la Constitución no contenía ninguna referencia a los pueblos indígenas. Por lo tanto, esta ley tiene el mérito de reconocerlos dentro del proceso constituyente, pero su sentido puntual y contingente hace que ella diste todavía de constituir un proceso de reconocimiento significativo.

chilena permiten, inevitablemente la posición en que se encuentran los pueblos originarios en este debate es distinta a la del resto de la ciudadanía. Asimismo, es relevante consignar que, si bien el reconocimiento constitucional representará un gran avance y podrá ser un punto de partida para reformar la legislación y cambiar las prácticas que han dificultado las relaciones equitativas con los grupos indígenas, no garantizará por sí solo la superación de las divergencias y conflictos que han marcado nuestra historia.

Reconociendo la relevancia del proceso constituyente, el Centro de Políticas Públicas UC convocó y desarrolló una mesa de trabajo conformada por un grupo diverso de académicos y expertos para identificar los temas que debieran estar presentes en la discusión sobre pueblos originarios y plantear un marco general sobre cómo abordarlos⁸. Los resultados de esa discusión se plasman en el presente documento, el cual no tiene por objetivo entregar una formulación prescriptiva, sino más bien facilitar insumos, aclarar conceptos y presentar propuestas con miras al trabajo que deberá desarrollar la Convención Constituyente.

En tiempos de cambio es importante reflexionar y estudiar las debilidades que como sociedad tenemos y desde ahí trabajar para convertirlas en fortalezas. El hecho de que en las recientes elecciones la primera mayoría de los votos de constituyentes indígenas lo haya obtenido una machi, chamán o sanadora es una señal y un anticipo de la importancia del conocimiento ancestral y de la apertura de espacios de visibilización de los roles espirituales en ámbitos políticos. Este documento no se hace cargo de lo anterior, pero insta a los lectores a profundizar en ello, entregando orientaciones para el nuevo texto que Chile comenzará a escribir.

1. Consideraciones iniciales para la discusión

A continuación se presentan algunos antecedentes relevantes que permiten enmarcar la discusión constitucional sobre los pueblos originarios. En particular, se revisan ciertas nociones básicas acerca de la Constitución y después algunos principios o enfoques que podrían orientar las reformas que se realicen. Solo se hacen referencias a la organización del Estado en lo relativo al tema indígena cuando parece necesario ejemplificar la

aplicación de algún principio o criterio de orden general, sin profundizar en la materia y entendiendo que la discusión sobre el punto está muy ligada a las características que asuma el régimen político y el proceso de descentralización.

1.1 Conceptos básicos acerca de la Constitución

No obstante las diversas nociones que existen de Constitución⁹, en términos generales se puede conceptualizar como la “norma fundamental, escrita o no, de un Estado soberano, establecida o aceptada para regirlo” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2019, p. 8). La Constitución “fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2018, p. 125). Se trata de establecer un piso institucional básico, tanto en lo orgánico como desde la perspectiva del catálogo de derechos y garantías (García, 2014). En este sentido, la Constitución debe recoger aquellos compromisos, principios e instituciones fundamentales que forman la base de nuestra sociedad, estableciendo un marco general para la organización y el funcionamiento de los organismos del Estado (por medio de la ley, potestad reglamentaria, decisiones administrativas o resoluciones judiciales) y el comportamiento de las personas.

Es fundamental comprender que, además de ser un acuerdo político, la Constitución debiera reflejar un acuerdo social, es decir, el consenso entre los distintos actores, ciudadanos y grupos políticos, lo que supone contar con un sustrato cultural común de principios o valores (Viera-Gallo, 2020). Así, la Constitución debe ser entendida como punto de partida de un proceso que se continuará desarrollando bajo sus normas a lo largo del tiempo, y cuya permanencia dependerá no solo de su legitimidad de origen sino también de la flexibilidad que exista para regular escenarios imprevistos (Viera-Gallo, 2020).

De este modo, una nueva Constitución no debiera consagrar un proyecto político determinado, ni tampoco pretender zanjar todas las controversias sociales fundamentales. Sin embargo, dado el desarrollo del constitucionalismo y del derecho internacional, debe considerar ciertos parámetros esenciales que no debieran ser olvidados, vulnerados o reducidos a meras aspiraciones (Viera-Gallo, 2020).

⁸ Este documento se enmarca en un trabajo más amplio que incluyó el desarrollo de dos mesas de trabajo adicionales (una sobre descentralización y otra sobre medioambiente), cuyos resultados se publican en artículos diferentes de esta misma serie.

⁹ Para mayor detalle, Díaz de Valdés. Disponible en: <https://www.udd.cl/wp-content/uploads/2015/06/bases-de-la-institucionalidad-pdf.pdf>.

1.2 Enfoques para el tratamiento constitucional de los pueblos indígenas

i. Acomodación constitucional vs. asimilación

La acomodación constitucional busca una inclusión de las minorías y grupos étnicos no dominantes, respetando sus características culturales en una relación de reconocimiento recíproco, igualdad y coexistencia pacífica dentro del Estado (McGarry y O'Leary, 1993). En este sentido, los sistemas constitucionales que reconocen derechos a los pueblos originarios, tales como la autodeterminación interna o sus derivados (derechos de autonomía, pluralismo jurídico, participación y representación política especial, entre otros), en lugar de desconocer las diferencias étnico-culturales buscan establecer formas de acomodo entre la nación que lidera el Estado y los pueblos minoritarios que habitan su territorio y forman parte de él (Millaleo, 2019).

Lo anterior refleja la tensión existente entre la aplicación igualitaria de la ley para todas las personas y el establecimiento de un trato diferenciado para aquellos que se encuentran en una condición particular. En este sentido, mediante el acomodo constitucional se busca reconocer estas diferencias y legitimarlas. En efecto, la igualdad ante la ley no supone la homogeneidad, sino que un trato igualitario a los que se encuentran en condiciones iguales, y un trato diferenciado a quienes se encuentran en situaciones especiales. Esta distinción, por su parte, debe ser racional y proporcional a estas diferencias, tal como lo ha establecido la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁰.

Por otro lado, la asimilación constitucional es entendida como el “proceso en virtud del cual los diferentes grupos étnicos y culturales son absorbidos con la intención de hacerlos iguales al resto de la sociedad que se supone que es homogénea” (Román, 2014, p. 149). Esta tendencia parte de la base que existe una cultura dominante que es superior y que, por lo tanto, sería la única que debiera sobrevivir. En otras palabras, la asimilación integra en un mismo cuerpo a todos de manera indiferenciada, impidiendo que los grupos minoritarios puedan mantener su configuración cultural, o sea, su identidad.

La asimilación puede adoptar distintas formas, desde un tratamiento igualitario que ignore las diferencias cultura-

les existentes hasta limitaciones al ejercicio de determinadas prácticas de un grupo cultural o el uso de su idioma o dialecto, o también un trato diferenciado por parte del Estado en el que la pertenencia al grupo minoritario implique una condición disminuida (Prado, 2003).

Algunos sostienen que desde el comienzo de la vida republicana chilena el tratamiento de los pueblos indígenas ha buscado su asimilación (Henríquez, 2005). En consecuencia y tomando en cuenta el compromiso contraído por Chile al ratificar el Convenio N° 169¹¹, el nuevo texto Constitucional debiera alejarse de este enfoque y establecer formas de acomodo para que tanto los pueblos originarios como el resto de la población puedan coexistir en un plano de dignidad e igualdad.

ii. Interculturalidad vs. multiculturalismo

Bajo el entendido que la nueva Carta Fundamental debiera avanzar hacia el establecimiento de relaciones equitativas entre grupos con identidades diferentes, es necesario precisar el principio de interculturalidad, que muchas veces es confundido con el multiculturalismo. La disyuntiva entre un concepto u otro no es trivial, pues incide directamente en la forma de convivencia entre indígenas y no indígenas que se quiera instaurar a partir de la nueva Constitución (Donoso y Palacios, 2018).

Si bien el modelo del multiculturalismo reconoce de manera expresa la diversidad cultural, y en este sentido busca proteger la variedad de culturas, se basa esencialmente en “afirmar la coexistencia y tolerancia como valores fundantes de la convivencia social” (Donoso y Palacios, 2018, p. 13). Aunque este concepto destaca la presencia de diferentes culturas, se centra en la tolerancia del otro como una manera de evitar los conflictos (Walsh, 2005), teniendo implícita la idea de separación.

Ahora bien, siendo el multiculturalismo una respuesta necesaria pero no suficiente para abordar de manera adecuada e inclusiva la diversidad cultural en un territorio, surge como alternativa el modelo de la interculturalidad o interculturalismo, entendido 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” (Donoso y Palacios, 2018, p. 13). Se trata de un proceso activo y permanente de interrelación donde lo propio

¹⁰ Ver: Díaz de Valdés, J. (2015).

¹¹ Asimismo, el compromiso contra la asimilación está presente tanto en la Undrip (cuyo artículo 8.1 establece que “los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura”) como en la DADPI (cuyo artículo X.1 fija que “los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación”, y que “los Estados no deberán desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas”).

y lo particular no pierden su diferencia, sino que, por el contrario, tienen la oportunidad de aportar desde su propia identidad (Walsh, 2008). En otras palabras, este modelo va más allá de la mera tolerancia de la diferencia, y busca promover el acercamiento y el intercambio mutuo entre las diversas culturas.

Independientemente de la decisión de incluir o no expresamente la interculturalidad en el nuevo texto constitucional -cuestión que deberá ser determinada por el órgano constituyente- este concepto debiera ser considerado como un principio rector a lo largo del debate, ya que podría tener un valor orientador para las políticas públicas que se desarrollen en el futuro.

2. Discusión y propuestas para la nueva Constitución

En esta sección se presentan las reflexiones del grupo de trabajo y algunas alternativas para el tratamiento de los pueblos originarios en la Constitución chilena, fundamentadas en el derecho internacional de los derechos humanos y en el análisis comparado de diversas legislaciones extranjeras, siempre considerando las demandas de los pueblos originarios.

2.1 Tipo de Estado y modelos para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas

Los dos modelos más recurrentes en relación al reconocimiento de los pueblos originarios por parte de los Estados son el Estado plurinacional y el reconocimiento intercultural. A continuación se desarrollan y se discuten las implicancias de adoptar uno u otro enfoque en la Constitución.

Más allá del modelo que se contemple en el nuevo texto constitucional, este debiera abarcar la naturaleza variada de todos los pueblos y ser flexible para que todos ellos estén representados. En ese sentido, se propone que la protección de la diversidad cultural y el reconocimiento de los pueblos indígenas se incluya como un principio general en el capítulo inicial que trate de las bases de la institucionalidad, con el objeto de atribuirle un valor orientador respecto de las demás disposiciones de la Constitución.

i. Estado plurinacional

En los últimos años se ha planteado que la Constitución debiera reconocer a Chile como un Estado plurinacional, citando como ejemplos las constituciones de

Ecuador (2008) y de Bolivia (2009); ambos textos compatibilizan un Estado unitario con una diversidad de nacionalidades o pueblos, es decir, aceptan que dos o más naciones puedan coexistir en un mismo Estado.

La visión de un Estado plurinacional surge como respuesta a los ideales republicanos que dieron origen al nacimiento de los Estados modernos construidos sobre la base de una comunidad de “ciudadanos iguales”, generando la confusión entre el Estado y la nación. Se plantea, entonces, un modelo que busca un cambio en la configuración del Estado, cuestionando las estructuras que han tendido a homogeneizar las sociedades y a igualarlas a los ideales y valores de la nación predominante.

En el esquema plurinacional, el Estado debe ser entendido como “una relación social [...] que puede definirse como un conjunto de instituciones, organizaciones, fuerzas sociales y actividades, incrustadas y reguladas socialmente, seleccionadas de manera estratégica y organizadas alrededor de la toma de decisiones que son vinculantes colectivamente para una comunidad política imaginaria” (Jessop, 2008). Por otro lado, la nación consiste en una “comunidad histórica más o menos institucionalizada, que ocupa un determinado territorio, o su tierra natal, y comparte una lengua y una cultura específicas” (Kymlicka, 2003). En otras palabras, el concepto de Estado corresponde a una construcción política y a una organización jurídica, mientras que la nación es un entidad sociológica y cultural.

En este sentido, el Estado plurinacional se ha planteado como un modelo para avanzar hacia una formalización de los derechos de los pueblos indígenas por medio del reconocimiento de la existencia de diferentes naciones en un territorio. Busca redefinir las bases institucionales del Estado desde una perspectiva plural e intercultural para evitar las limitaciones derivadas de la idea de una sola nación en el territorio.

Una de las alternativas para adoptar este modelo es que la Constitución defina al Estado de Chile como plurinacional, donde conviven diversas naciones dentro del mismo orden constitucional y son tratadas como iguales entre sí, aunque asumiendo sus peculiaridades históricas. Por otra parte, se podría definir al Estado de Chile como una comunidad de naciones, o bien, establecer -como lo hace el proyecto de nueva Constitución de la expresidenta Michelle Bachelet- que la soberanía reside en el pueblo chileno y en los pueblos indígenas del país¹².

12 Artículo 4° del Proyecto de Reforma Constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República para modificar la Constitución Política de la República (Boletín N° 11.617-07).

Dentro de las implicancias de un Estado plurinacional y tomando como referencia el caso de la Constitución de Bolivia, se puede señalar la incorporación de las instituciones indígenas en la estructura general del Estado y la proporcionalidad de la representación indígena en sus principales instituciones, como el Parlamento y el Tribunal Constitucional (Meza-Lopehandía, 2016). Se argumenta, asimismo, que países como México, Canadá o Estados Unidos, que tienen elementos de plurinacionalidad, no han debilitado al Estado, sino que, por el contrario, han fortalecido su democracia¹³.

ii. Reconocimiento intercultural de los pueblos originarios

Con el fin de evitar la preeminencia de una cultura dominante sobre las otras también se plantea, como alternativa a la plurinacionalidad, el concepto de interculturalidad referido anteriormente. Esta visión pretende reconocer la existencia y libre determinación de los pueblos indígenas sin definirlos como una nación distinta a la chilena. Propone que no sería necesario declarar a Chile como un Estado plurinacional en circunstancias que el fortalecimiento de derechos buscado se puede alcanzar de manera equivalente por medio de otros mecanismos, como la interculturalidad.

De este modo, el reconocimiento de los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, la representación proporcional en el Parlamento y en el Tribunal Constitucional y la incorporación de las instituciones indígenas en la estructura del Estado son mecanismos que pueden implementarse igualmente bajo el principio de la interculturalidad.

En efecto, la interculturalidad, entendida como un proyecto político y social, y la plurinacionalidad son perspectivas complementarias, no opuestas. Lo anterior se manifiesta claramente, por ejemplo, en la Constitución de Ecuador, país que si bien se reconoce como Estado plurinacional se encuentra fuertemente ligado al concepto de interculturalidad. En esta misma línea, la Carta Fundamental mexicana consagra la pluriculturalidad de sus habitantes, manteniendo la idea de una nación al establecer que “la Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización

y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (artículo 2°).

2.2 Reconocimiento de derechos específicos

A continuación, se desarrollan algunos de los derechos que, junto con el reconocimiento de los pueblos indígenas, podrían incorporarse en la Constitución. En general, los derechos que recogen las constituciones e instrumentos comparados tienen dos dimensiones: la individual y la colectiva. Esta distinción se encuentra expresamente en el artículo 1° de la Undrip, al consagrar que “los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (...)”. Del mismo modo, a lo largo de sus disposiciones se observa que cada derecho reconoce a personas indígenas, a pueblos originarios o a ambos.

Los derechos colectivos son aquellos otorgados, en este caso, a los pueblos originarios en tanto comunidad. Se trata de una categoría irrenunciable que le atribuye identidad y consistencia jurídica a los derechos que le corresponden a los pueblos indígenas en tanto grupos de personas. Afirmar la existencia de derechos colectivos supone reconocer la calidad de pueblos a los grupos indígenas, comprendidos como entidades históricas, con intereses colectivos y con personalidad propia, distinta y diferenciada de los sujetos individuales que las integran (Donoso y Palacios, 2018). Así se observa en el Convenio N° 169, que, si bien utiliza ambos conceptos, confiere preeminencia a los derechos colectivos con el fin de otorgar protección a una comunidad especialmente vulnerable. El ejemplo más evidente de derecho colectivo es el derecho a la libre determinación, pues este solo puede ser ejercido en tanto pueblo.

Por otro lado, los derechos individuales son los que tiene el sujeto en sí mismo, ya sea en forma independiente del grupo, o como integrante del mismo. Dentro de esta clase, la declaración, por ejemplo, menciona que las personas indígenas tienen derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y a la seguridad (artículo 7°). A su vez, los derechos individuales pueden referirse al derecho a formar parte y pertenecer a un pueblo indígena (artículo 9° Undrip), como también a ser protegido frente a posibles amenazas de ese mismo grupo. Así, estos derechos cobran especial importancia en los conflictos

¹³ Salvador Millaleo, entrevista para Prensa U. de Chile, lunes 28 de agosto del año 2017. Disponible en: <https://www.uchile.cl/noticias/136387/en-que-consiste-la-demanda-de-un-estado-plurinacional>.

intracomunitarios mediante el derecho a una tutela judicial efectiva¹⁴.

Los principales derechos que se reconocen en ambas dimensiones pueden verse en la Tabla 1.

En cuanto a la organización de estos derechos en un futuro texto constitucional, una alternativa es su inclusión en un nuevo capítulo dedicado exclusivamente a los pueblos originarios y que contenga el articulado completo sobre la materia. En este caso, se recomienda evitar reiterar para los pueblos indígenas aquellos derechos que son recono-

cidos para toda la población, siendo preferible mencionar solo las excepciones o las disposiciones especiales. Una segunda alternativa es incorporar en forma desagregada los derechos en los artículos relativos a cada materia, indicando, cuando corresponda, el tratamiento especial acordado para los pueblos indígenas (por ejemplo, dentro del capítulo de derechos y deberes constitucionales).

Por su innegable relevancia y dimensión política, a continuación se profundiza en los principales derechos colectivos.

Tabla 1. **Derechos individuales y colectivos**

Derechos individuales
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho al disfrute pleno y sin discriminación de los derechos humanos (art. 1º Undrip y V DADPI). • Derecho a la autoidentificación y a pertenecer a un pueblo indígena (art. 1.2. C 169, 9 Undrip y 1.2 y VIII DADPI). La DADPI incluso reconoce el derecho a pertenecer a más de un pueblo (art. VIII) sin que del ejercicio de ese derecho derive discriminación alguna. • Derecho de acceso a la justicia parte de un grupo vulnerable¹⁵. • Derecho a la igualdad de género (art. VII DADPI). • Derecho a la educación sin discriminación (art. 14.1 Undrip) • Derecho a la protección laboral (art. 17 Undrip y XXVII DADPI). • Derecho a la salud física y mental y acceso a los servicios sociales y de salud (art. 24 Undrip y XVIII DADPI). • Derecho a que sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales sean tenidas en cuenta por el Estado y especialmente por los jueces (art. 5º C 169), al igual que sus costumbres o derecho consuetudinario (art. 8º C 169). • Derecho del niño a que sea tenida en cuenta su cultura indígena en materia familiar (art. XVII DADPI). • El derecho a un recurso efectivo para la reparación de toda violación de derechos (art. XXXIII DADPI). • El derecho al debido proceso no fundado en estereotipos¹⁶.
Derechos colectivos
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la libre determinación y al autogobierno. • Derecho a determinar sus propias instituciones políticas, económicas, sociales y culturales. • El derecho a la participación política. • Derecho a la consulta previa. • Derecho consuetudinario indígena. • Derecho a las tierras, los recursos naturales y el territorio.

Fuente: elaboración propia.

14 En nuestro ordenamiento legal, esta última función la cumplen los tribunales de justicia que conocen de una pluralidad de acciones civiles y constitucionales que tienen por objeto resolver desacuerdos comunitarios cuando han fallado las instancias internas o los procesos de mediación.

15 Este derecho aparece en la sección 2ª de las llamadas Reglas de Brasilia, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4-6 de marzo del año 2008. Estas directrices no constituyen por sí mismas fuentes de derecho doméstico o internacional, pero en la medida en que se inspiran en los tratados internacionales instauran una positiva orientación para los operadores nacionales.

16 Corte IDH Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) v. Chile, sentencia de 29 de mayo del año 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 230.

i. Derecho a la libre determinación y al autogobierno

El derecho internacional consagra el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación o autodeterminación¹⁷ y, en virtud de ello, tienen la libertad de establecer su propia condición política y jurídica en el Estado y de participar en la definición de su desarrollo económico, social y cultural. Este derecho, a su vez, sirve de fundamento para el ejercicio de los demás, según se analizará en los siguientes apartados (Aguilar et al., 2010). Esto no implica, sin embargo, el derecho a separarse del Estado en que viven (autonomía externa). Así lo señala la Undrip en su artículo 46: “nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que (...) autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

Una de las consecuencias de la libre determinación es el derecho de los pueblos indígenas “a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas” (Undrip, artículo 4º, en relación con el artículo XXI.1 de DADPI). Esta autonomía, ejercida dentro de las estructuras de la República y del Estado democrático, debiera ser establecida en el nuevo texto constitucional, tomando en cuenta la realidad de cada grupo.

En Latinoamérica, diversas constituciones así lo han hecho. Un ejemplo es el caso boliviano, que plantea que “dada la existencia pre-colonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley” (artículo 2º). En la misma línea lo hace la Constitución mexicana, al consagrar expresamente el derecho a la libre determinación de los pueblos indíge-

nas (artículo 2º) y establecer la autonomía como la forma política y jurídica para el ejercicio de este derecho.

En relación con lo anterior, se reconocen dos tipos de autonomía (Núñez, 2017): por una parte, una territorial, que dice relación con formas de descentralización o autogobierno dentro del país, y por otra, una no territorial o funcional. Esta clase de autonomía busca construir 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” (Donoso y Palacios, 2018, p. 15). Implica una variedad multiforme de técnicas de atribución de poder político a grupos determinados, las que no van asociadas al control de un territorio específico. Por ejemplo, se hace a través del reconocimiento de organizaciones políticas indígenas, la existencia de un derecho propio coercible, la decisión sobre asuntos de naturaleza cultural, educación o religión, la participación en instancias políticas y representación ante asambleas, entre otros.

Para efectos del debate constitucional, en caso de decidirse el establecimiento de una autonomía funcional, la Constitución debe ordenar al legislador la construcción de instancias eficaces de diálogo y consulta con los distintos pueblos originarios para adoptar decisiones vinculantes sobre ciertas materias fundamentales como educación, salud, desarrollo económico, entre otras. Por otro lado, respecto de autonomías territoriales, la Constitución podría ordenar al legislador la redacción de una ley marco para llevar adelante diálogos con los pueblos indígenas para establecer territorios autónomos¹⁸.

En esta línea, la actual Constitución reconoce como territorios especiales con cierta autonomía a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández¹⁹, los que se regirán por un estatuto especial que hasta la fecha no se ha dictado. Teniendo en consideración estos ejemplos y ante la posibilidad de que la Constitución establezca nuevos espacios de autonomía, el órgano constituyente

17 Así se establece en los PIDCP y PIDESC (ambos en su artículo 1), Undrip (artículos 3 y 4), y el Convenio N° 169 de la OIT (artículo 7). Este derecho no debe ser confundido con la libre determinación de los pueblos que, en clave externa, ha permitido y facilitado los procesos de descolonización.

18 Dentro de los contenidos de esta ley marco se podrían considerar: la reorganización de las áreas de desarrollo indígena existentes como espacios autónomos; la necesidad de leyes posteriores que consagren estatutos específicos de autonomía; la estipulación de plazos de negociación para los acuerdos entre los pueblos indígenas y el Estado, la determinación de mecanismos de transferencia de poderes y de cancelación de poderes, según sea el caso; mecanismos de control del ejercicio de poderes por organizaciones indígenas, entre otros.

19 La reforma constitucional del año 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 misma, expresando 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”.

deberá contemplar ciertos factores, como el predominio de territorios compartidos, el carácter mixto de la población en muchos de ellos, y la concentración de población indígena en zonas urbanas. En otras palabras, se deberá analizar si existe algún otro territorio en Chile cuyas características hagan necesaria o conveniente la creación de un estatuto especial para los respectivos pueblos indígenas en razón del territorio. En este sentido, se ha planteado que las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) son zonas de mayor homogeneidad en relación con la presencia de identidades indígenas, y por lo tanto, tendrían una base más sólida para nuevos espacios de autonomía. Sin embargo, se debe tener presente que la aplicación de las ADI ha tenido resultados bastante disímiles y frente a esa decisión habría que analizar cuidadosamente la composición sociodemográfica de los territorios, ya que lo que puede funcionar exitosamente en algunas zonas no necesariamente lo hará en otras. Por lo tanto, una decisión de ese tipo debería quedar entregada a la ley.

ii. Derecho a determinar sus propias instituciones políticas, económicas, sociales y culturales

Como consecuencia de la libre determinación, los pueblos indígenas también tienen derecho a mantener, controlar y desarrollar sus instituciones políticas, culturales, económicas y sociales, lo que incluye sus prácticas, costumbres, tradiciones, derecho consuetudinario y sistemas legales. Este es un derecho fundamental bajo la legislación internacional de los derechos humanos y, en consecuencia, debiera ser establecido expresamente en la nueva Constitución.

La existencia de instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas es parte sustancial de lo que significa ser un pueblo indígena y es en gran medida lo que distingue a estos pueblos del resto de la población nacional (OIT, 2009). Sin embargo, ello no significa que sean inmutables, ya que, como cualquier institución, también evolucionan y se adaptan a la realidad cambiante en la que viven, creándose así nuevas formas de organización. Luego, no debe entenderse que este derecho solo se aplica a las instituciones tradicionales o ancestrales, sino que también a prácticas actuales del desarrollo social, cultural y económico de los pueblos indígenas (Donoso y Palacios, 2018). Como lo ha señalado la OIT, los pueblos indígenas tienen derecho a establecer instituciones contemporáneas si las tradicionales ya no

son adecuadas para satisfacer sus necesidades e intereses (OIT, 2009). Estas instituciones son las que ellos mismos reconocen como tales y en este sentido, es deber del Estado visibilizar las existentes y sus funciones, o facilitar 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.

En este sentido, si bien en Chile actualmente existe la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi), esta se trata de una institución estatal y no es un organismo exclusivamente representativo de los intereses de los pueblos indígenas. Al respecto, resulta interesante recordar el proyecto de ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas y transforma a la Conadi en una Agencia de Desarrollo, teniendo el primero un carácter de dirección de la política indígena y la segunda la competencia para su ejecución. Igualmente existe un proyecto de ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas como entes autónomos de representación en la estructura del Estado. Ambos²⁰ están en el Congreso desde hace quince años²¹. La creación de estos consejos tendría como objeto facilitar la relación política entre los pueblos indígenas y el Estado. Cabe señalar, sin embargo, que atendida su naturaleza primordialmente consultiva se hace necesaria la redefinición de sus atribuciones. Si bien podrían tener un rol clave en el diálogo político y en los procesos de consulta de alcance nacional y local (Donoso y Palacios, 2018), tal como fueron concebidos en esos proyectos de ley no contarían con las facultades necesarias para la adecuada representación y participación de los pueblos originarios.

En este contexto, se podrían establecer nuevas instituciones que sirvan de base para la instauración de un modelo negociador entre cada pueblo y el Estado. La Constitución podría facultar a la ley para que permita a las autoridades políticas y administrativas estatales celebrar “acuerdos de descentralización”, para que, en ciertos territorios y bajo condiciones previamente determinadas, se pueda ejercer el derecho al autogobierno de los pueblos respectivos, y que esos acuerdos sean respetados por el Estado. Ello implicaría un cambio de paradigma, pues se transitaría desde un sistema unilateral en la toma de decisiones (concentrado en la autoridad estatal) a un modelo negociador o de pactos, en el cual los mismos pueblos podrían incidir directamente en su gobierno.

20 Boletines 6726-06 y 6743-06, ambos del año 2006.

21 Igualmente cabe mencionar el proyecto que propone la creación de un Ministerio de Pueblos Indígenas (Boletín 10.687-06 del año 2016) y que también se encuentra en discusión en el Congreso.

iii. Derecho a la participación política

Este derecho se encuentra reconocido en varios instrumentos del derecho internacional²² ratificados por Chile, y por lo mismo, debiera ser incluido en la nueva Carta Fundamental. Su naturaleza jurídica es diferente al derecho de sufragio y de participar en elecciones periódicas que tienen todos los ciudadanos. Tampoco consiste simplemente en reconocer un derecho de consulta a los pueblos indígenas, sino que se trata de garantizar un acceso efectivo a la participación en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Esta participación, a su vez, deber ser libre, previa e informada (Aguilar et al., 2010).

Este derecho tiene dos aristas que son especialmente relevantes. La primera se refiere al reconocimiento de las instituciones propias de los pueblos originarios, por medio de las cuales se debe canalizar gran parte de su participación política. Y la segunda alude al derecho de las personas indígenas a ser elegidas y a figurar como actores políticos, especialmente en el Poder Legislativo, pero también en otros organismos representativos (por ejemplo, gobiernos locales), como ha sido la recomendación de algunos comités establecidos en tratados internacionales²³. Una posibilidad que se ha planteado es la de establecer algún mecanismo de participación política especial de los pueblos indígenas en el Congreso Nacional, sea por la vía de cuotas, escaños especiales u otra fórmula. Este es el caso de la Constitución colombiana²⁴, que expresamente reserva cupos especiales, tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes, para asegurar la consideración de los pueblos indígenas y grupos étnicos.

Hay quienes sostienen que a las personas indígenas se les debieran aplicar las mismas reglas sobre participación política y de conformación de partidos que al resto de la población. Sin embargo, nos parece que el Estado tiene la obligación de garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la participación, lo que en algunos casos con-

lleva a la adopción de medidas para superar las barreras de entrada que impiden a los pueblos originarios competir en igualdad de condiciones en los procesos electorales (Donoso y Palacios, 2018). En este escenario, el futuro órgano constituyente deberá evaluar y ponderar en detalle las ventajas y desventajas de las distintas alternativas, así como su forma de implementación, teniendo en cuenta la experiencia vivida tanto en la aplicación de la legislación indígena como de la Ley N° 20.500 sobre participación ciudadana.

iv. Derecho de consulta previa

La obligación de consulta se encuentra recogida en tres niveles de la legalidad internacional. El primero, más específico y vinculante, corresponde al Convenio N° 169 de la OIT, que codifica como norma especial un principio que aparece en distintas disposiciones de tratados internacionales sobre derechos humanos²⁵. En su artículo 6°, este convenio establece la obligación de los gobiernos de “consultar a los pueblos interesados (...) cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, además de contar con mecanismos de participación igualitarios y de “establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos”, lo que debe realizarse “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias”.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT considera que este derecho, junto al de participación, son la piedra angular del Convenio N° 169, y deben complementarse con normas que prevean el consentimiento de los pueblos afectados para la adopción de ciertas medidas (art. 16.2 del Convenio N° 169).

De acuerdo con la CEACR, los principios que rigen la consulta previa son²⁶, entre otros, los siguientes:

22 Undrip, DADPI, Convenio N° 169 y PIDCP.

23 “El Comité, tomando en cuenta su Recomendación general 23, apartado 4 d), recomienda que el Estado parte redoble sus esfuerzos para asegurar la plena participación de los indígenas, en especial de la mujer, en los asuntos públicos, y que tome medidas efectivas para asegurar que todos los pueblos indígenas participen en todos los niveles de la administración pública”, Comité para la eliminación de la discriminación racial, Observaciones finales, CERD/C/CHL/CO/15-18 (13 de agosto del año 2009), párrafo 20.

24 Artículo 171: “El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas”; y Artículo 176: “La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales (...) Las circunscripciones especiales asegurarán la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de los colombianos residentes en el exterior”.

25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación, además del art. 27 PIDCP (y la respectiva Observación General número 23 del mismo instrumento, aprobada por el Comité de Derechos Humanos); art. 15 PIDCP (con su respectiva Observación General número 21, aprobada por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales); la Convención para la eliminación de la Discriminación Racial (con relación a la Observación General número 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial).

26 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), observación general 2011, en Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 100ª reunión, ilc 100/iii/1a.

- La responsabilidad de consulta pertenece a los gobiernos.
- Las consultas deben ser formales, plenas y de buena fe.
- En la consulta debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo.
- Deben establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias.
- Tienen que hacerse consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales.
- La finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.
- Las consultas proforma o la simple información no cumplen con los requisitos del Convenio.
- La consulta no implica un derecho a veto.

Tomando en cuenta estos antecedentes, el proceso constituyente representa una oportunidad para reconocer y si cabe, desarrollar este derecho en el plano administrativo y legislativo, respondiendo así a los lineamientos del Convenio N° 169 de la OIT.

v. Derecho consuetudinario indígena

El reconocimiento del derecho indígena es un tema que indudablemente será discutido durante el proceso constituyente, y cuya aplicación conlleva implicancias para toda la población.

En términos generales, por derecho consuetudinario indígena se entiende “el conjunto de usos, prácticas, costumbres, creencias y principios que regulan la convivencia interna y que han sido transmitidos principalmente en forma oral y aplicados de manera general y uniforme en el tiempo por los pueblos indígenas, en tanto obligatorios y susceptibles de control social por parte de sus integrantes, autoridades tradicionales y organizaciones” (Aguilar et al., 2020, p. 10).

A nivel internacional se reconoce el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y se consagra su derecho a establecer sus propias normas jurídicas y a hacerlas valer en caso de incumplimiento. Así lo expresa clara-

mente el Convenio N° 169²⁷, señalando que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (artículo 8°, y en el mismo sentido los artículos 9° y 10°). Ello, tanto en materia penal como en lo relacionado con las cuestiones que afecten los intereses económicos del Estado o de terceros, particularmente en lo que respecta a derechos consuetudinarios sobre las tierras, territorios y recursos naturales (Donoso y Palacios, 2018).

Diversas constituciones de América Latina han reconocido la existencia de un pluralismo jurídico, en el sentido de dejar de considerar al derecho estatal como única legislación vigente y aceptándose otros sistemas normativos de carácter obligatorio, como el derecho indígena (Aguilar et al., 2020). Para efectos de la discusión constitucional, resulta interesante analizar ejemplos de lo anterior. La Constitución de Bolivia es la que otorga mayor relevancia al derecho consuetudinario, estableciendo que los pueblos indígenas tienen derecho al ejercicio de sus sistemas jurídicos (artículo 3°, numeral II, número 14), y que “la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía” (artículo 179). Respecto de otros países, el derecho consuetudinario indígena es reconocido explícitamente en las siguientes constituciones:

- Ecuador (artículo 57, numeral 9)
- Colombia (artículo 246)
- México (artículo 2°)
- Paraguay (artículo 63)
- Perú (artículo 149)
- Venezuela (artículos 119 y 260)

En nuestro país, la Ley Indígena incluye un reconocimiento expreso de la costumbre como fuente de derecho en materia de justicia, estableciendo una cláusula de compatibilidad constitucional²⁸. Asimismo, la nueva Constitución debe aceptar la posibilidad de que los pueblos indígenas tengan sus propios órganos de administración de justicia, con los límites establecidos en el Convenio N° 169. Esta posibilidad, sin embargo, debiera ser de manera abierta y voluntaria, ya que, en ciertos casos, se observa una tendencia por parte de los pueblos indígenas a recurrir a las reglas estatales en lugar de las propias para so-

27 En el mismo sentido, los artículos 34 y 35 de la declaración.

28 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”.

lucionar las controversias, como sucede cuando someten sus disputas ante la Conadi o el Juez de Letras respectivo.

Cabe tener presente, sin embargo, que un futuro reconocimiento de este derecho en la Constitución estaría sujeto a los límites establecidos en el mismo Convenio N° 169, por cuanto debe ser compatible con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico interno y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 8°, número 2). Del mismo modo, las constituciones de varios países latinoamericanos también han fijado dos importantes limitaciones al derecho consuetudinario indígena: (i) que el derecho estatal tiene mayor jerarquía que el derecho consuetudinario indígena²⁹; y (ii) que el derecho indígena está supeditado a los derechos humanos o fundamentales³⁰.

vi. Derecho a las tierras, los recursos naturales, y el territorio

Entre las principales demandas de los pueblos indígenas están los derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales, debido a la especial conexión que mantienen con los espacios que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado. No obstante, es también uno de los problemas más complejos de resolver y que quedó en

evidencia durante el proceso de consulta indígena del proyecto de reforma constitucional, realizado en el año 2017, en el cual no hubo acuerdo sobre la materia (Donoso y Palacios, 2018). Esta complejidad se explica por al menos dos razones: primero, por las diferentes opiniones respecto de los alcances y exigencias establecidos en los instrumentos internacionales (en particular el Convenio N° 169 y el concepto de territorio); y, segundo, por las dificultades que supone conciliar dicho concepto con la legislación nacional, dado que por el proceso histórico gran parte de las tierras reclamadas en la actualidad pertenecen a otros propietarios, lo que genera un conflicto de títulos de dominio.

A nivel comparado, existe una amplia heterogeneidad normativa en cuanto a los derechos específicos sobre las tierras, territorios y recursos naturales, así como de las obligaciones del Estado en este ámbito. Sin embargo, la mayoría de las constituciones latinoamericanas contiene un reconocimiento explícito de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus tierras (Aguilar, et al., 2010). Otros países, como Brasil, ponen el acento en el deber del Estado de proteger el derecho a la propiedad de las tierras utilizadas tradicionalmente por pueblos indígenas.

Tabla 2. Ejemplos del tratamiento de tierras indígenas en constituciones internacionales

Derechos individuales	Texto constitucional
Argentina (artículo 75, numeral 17)	“(…) posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”.
Ecuador (artículo 57, numeral 4)	“(…) derecho a conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias”.
Panamá (artículo 127)	“(…) el Estado garantizará a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas”.
Paraguay (artículo 64)	“(…) derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida”.
Brasil (artículo 231)	“Se reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas creencias, tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes”.

Fuente: elaboración propia.

La Undrip, por su parte, establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras,

los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado” (artículo 28).

29 Constituciones de Colombia (artículo 246), México (artículo 2°), Paraguay (artículo 63), y Venezuela (artículo 260).

30 Constituciones de Bolivia (artículo 191), Ecuador (artículos 57, 10 y 171), México (artículo 2°) y Perú (artículo 149).

En este sentido, la nueva Constitución podría establecer un procedimiento para que se proceda a esta reparación comunitaria y cuyo funcionamiento deberá necesariamente ser detallado a nivel legal.

Diversos países también han optado por elevar a nivel constitucional algunas características de la propiedad indígena actualmente contenidas en la Ley Indígena, como el ser inembargable, inalienable, imprescriptible y exenta de contribuciones. Estas particularidades, a diferencia de lo que ocurre con el régimen de propiedad general, son formas de protección de la propiedad indígena y no debieran ser consideradas limitaciones. Lo anterior sucede en Brasil, Colombia, Ecuador, Bolivia, Paraguay y Perú.

Se debe tener presente que un eventual reconocimiento del llamado “derecho al territorio”, dependiendo de su configuración, podría tener implicancias en dos aspectos: 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, por ejemplo, el reconocimiento de un “derecho al territorio” podría inhibir o desincentivar el establecimiento de concesiones mineras de terceros sobre la propiedad superficial indígena. En el segundo ámbito, también a modo de ejemplo, el reconocimiento podría tener implicancias respecto de la determinación del espectro de actividades de los pueblos originarios 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 (Donoso y Palacios, 2018)³¹.

Conclusiones

El reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos en la nueva Constitución es una tarea imposterable y que incidirá en el carácter del Estado. Aunque probablemente no resolverá las diferencias de visiones que existen entre indígenas y no indígenas, puede representar un gran avance en una materia en la que nuestro país está claramente en deuda.

Al abordar el tema en la discusión constitucional se deberán tener en cuenta los principios, criterios y normas del derecho internacional, en especial aquellos tratados y declaraciones aprobadas por Chile, así como los avances en la legislación indígena y en la jurisprudencia.

En este documento se han presentado algunos esquemas alternativos, aunque no contradictorios, que po-

drían orientar las reformas que se realicen. Se trata de superar el modelo que pretende asimilar a los pueblos originarios a la cultura predominante y de establecer un criterio de interculturalidad o multiculturalidad que acepte y valore a las diversas etnias como parte sustancial de la República y su desarrollo.

Siguiendo tales pautas, el texto constitucional debiera abordar la consagración de los principales derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como los de sus integrantes, en especial la libre determinación, autogobierno y autonomía, junto con reconocer el valor del derecho consuetudinario indígena, el derecho a las tierras, recursos naturales y territorios.

Además, debiera asegurar el principio de participación política y los mecanismos institucionales para hacerla efectiva. Esto implicará, en algunos casos, el desarrollo de acciones tendientes a superar las barreras que impiden a los pueblos originarios participar en igualdad de condiciones en los procesos políticos y electorales del país, así como visibilizar las instituciones indígenas existentes o propiciar la creación de nuevas si es necesario.

Dado que cada pueblo indígena vive realidades diferentes, se podría establecer una instancia de diálogo con cada uno de ellos por parte del Estado para abordar en forma conjunta los problemas que tienen y establecer alguna suerte de estatuto propio de cada uno de ellos. Esto podría ocurrir a través de consejos representativos de los diferentes pueblos para dialogar con el Estado, el que a su vez debería contar con una autoridad específica de alto nivel para tratar los temas. Adicionalmente, la nueva Constitución debe reconocer la posibilidad de que los pueblos indígenas tengan sus propios órganos de administración de justicia, dentro de los límites que establece el Convenio N° 169.

La futura Convención Constitucional debiera ser un punto de inflexión en la relación entre el Estado y los pueblos originarios, facilitado por la presencia de sus representantes como convencionales. A partir de los acuerdos que se logren, se abre un camino de revisión y evaluación de la legislación vigente y de dictación de nuevas disposiciones legales y administrativas para lograr implementar los principios y normas constitucionales. El presente documento ha sido elaborado con la pretensión de contribuir a la discusión constitucional que nuestro país está iniciando, recogiendo reflexiones y propuestas de un grupo variado de académicos y expertos en la materia.

31 Un ejemplo de uso compartido se encuentra en la Ley N° 20.249 sobre borde costero Lafk.

Referencias

- Aguilar, G., LaFosse, S., Rojas, H., y Steward, R.** (2010). *Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina*. Conflict Prevention and Peace Forum, p. 1-15. Disponible en: https://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%CC%81lisis_Comparado_del_Reconocimiento_Constitucional_de_los_Pueblos_Indigenas_en_Ame%CC%81rica_Latina%20_Dec%202010_CPPF_Briefing_Paper_f.pdf
- Díaz de Valdés J.** (2015). ¿Qué clase de igualdad reconoce el Tribunal Constitucional?. *Ius et Praxis*, 21(2), pp. 317-372.
- Donoso, S., y Palacios, C.** (2018). Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate. *Temas de la Agenda Pública* 13(103), 1-22. Centro de Políticas Públicas UC.
- Fernández, J.E.** (2020). *Pueblos Indígenas en constituciones del mundo*. Laboratorio Constitucional UDP. Disponible en: <https://plataformacontexto.cl/recurso/109>
- Henríquez, L.** (2005). Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente. En *Reforma Constitucional*, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, pp. 127-145.
- Jessop, B.** (2008). *El Futuro del Estado Capitalista*. Madrid: Editorial Catarata.
- Kymlicka, W.** (2002). El Nuevo debate sobre los derechos de las minorías. En F. Requejo (ed.), *Democracia y pluralismo nacional*. Barcelona, Ariel, pp. 25-48, citado en: Cruz Rodríguez, E. (2014). Multiculturalismo, interculturalismo y autonomía. *Estudios sociales (Hermosillo, Son.)*, 22(43), pp. 241-269. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-45572014000100010&lng=es&tlng=es.
- McGarry, J., y O'Leary, B.** (1993). Introduction: The Macro Political Regulation of Ethnic Conflict, en John McGarry y Brendan O'Leary (editores), *The Politics of Ethnic Conflict Regulation*, Abingdon: Routledge, pp. 1-40. Citado en: Millaleo, S. (2019). ¿Para qué sirve una Constitución?: reflexiones sobre la inclusión constitucional de los pueblos indígenas. *Revista de Derecho* (Valdivia), 32(1), pp. 29-50. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502019000100029>
- Meza-Lopehandia, M.** (2016). *Pueblos indígenas y Constitución*. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/22690/1/FINAL%20-%20Pueblos%20ind%C3%ADgenas%20y%20Constituci%C3%B3n.pdf>
- Millaleo, S.** (2019). ¿Para qué sirve una Constitución?: reflexiones sobre la inclusión constitucional de los pueblos indígenas. *Revista de Derecho* (Valdivia), 32(1), pp. 29-50. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502019000100029>
- Núñez, M.** (2017). Pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional. Formas de autonomía territorial y no territorial. En Aninat, I., Figueroa, V., y González, R. (editores), *El pueblo mapuche en el siglo XXI: propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*, pp. 111-153. Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- Organización Internacional del Trabajo, OIT.** (2018). *Consultas con pueblos indígenas sobre reconocimiento constitucional: experiencias de Chile (2016-2017)*. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_651445.pdf
- Organización para las Naciones Unidas, ONU.** (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*. Disponible en https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6_sp.pdf
- Prado, M.** (2003). La cuestión indígena y las exigencias de su reconocimiento. En *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Escuela de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, 3, Santiago, p. 22. Citado en: Henríquez, L. (2005). Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente, en *Reforma Constitucional*, Santiago: Editorial LexisNexis, pp. 127-145.
- Román, A.** (2014). Hacia el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile. *Revista de Derechos Fundamentales* 11.

CÓMO CITAR ESTA PUBLICACIÓN:

Antivil, A., Donoso, S., Figueroa, V., Millaleo, S., Murray, M., Núñez, M., Viera-Gallo, J.A., 2021. Contribuciones a la discusión constitucional: reconocimiento y derechos de los pueblos indígenas. *Temas de la Agenda Pública*, 16(138), 1-14. Centro de Políticas Públicas UC.



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE