

HACIA EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE

ANDRÉS ROMÁN GARCÍA*

RESUMEN

Han transcurrido veinticinco años desde que la Concertación de Partidos por la Democracia se comprometiera con los pueblos indígenas a reconocer sus derechos en la Constitución. Por diversos motivos, esa promesa no se ha podido cumplir durante los años de la transición a la democracia. En este documento se explica por qué es importante que los pueblos indígenas sean reconocidos constitucionalmente. A partir de los avances recientes en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional latinoamericano, se explican los elementos fundamentales que deben estar presentes en el debate en Chile: 1) la noción de pueblo indígena, 2) diversidad cultural, 3) derecho de libre determinación, 4) participación indígena, y 5) territorio indígena. Además, se analiza críticamente el proyecto de reforma constitucional presentado el 2007 y se presentan nuevos argumentos y propuestas a favor del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Toda reforma que se discuta en este sentido requiere de la participación activa de los pueblos indígenas.

Palabras clave: Pueblos indígenas, reconocimiento constitucional, situación chilena.

ABSTRACT

Twenty-five years have passed since the Coalition of Parties for Democracy agreed with the indigenous peoples to recognize their rights in the constitution. For several reasons this promise has not been fulfilled during the years of the transition to democracy. This paper explains why it is important to recognize the indigenous peoples in the constitution. Considering the recent developments in the international law of human rights and in the latin american constitutional law, the fundamental elements that must be present in the debate in Chile are discussed: 1) the notion of indigenous people, 2) cultural diversity, 3) right to self-determination, 4) indigenous participation, and 5) indigenous territory. In addition, the bill presented in 2007 is critically analyzed, and new proposals and arguments in favor of the constitutional recognition of indigenous peoples are presented. Any reform to be discussed in this matter requires the active participation of indigenous peoples.

Key words: Indigenous peoples, constitutional recognition, chilean situation.

Fecha de Recepción: 2 de junio de 2014.

Fecha de Aceptación: 26 de junio de 2014

* Profesor de Derecho Laboral en INFOCAP. Estudiante de Quinto Año de Derecho en la Universidad Alberto Hurtado. Agradezco los aportes de los profesores Hugo Rojas y Tomás Jordán, y a la comunidad jesuita de Tirúa. Correo electrónico: andres.romang@hotmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

En este documento se analiza el proceso político-legislativo referido al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile, entre 1990 y 2013. En estos veinticuatro años se han presentado cuatro mensajes presidenciales y cuatro mociones parlamentarias con la finalidad de reconocer a los pueblos indígenas en la Constitución Política de 1980. Ninguna de estas ocho iniciativas ha prosperado a la fecha, por lo que constitucionalmente no se ha innovado en la relación política entre el Estado de Chile y los pueblos indígenas. El Mensaje presentado por la presidenta Michelle Bachelet en 2007 es el proyecto que se encuentra más cercano a concretar el reconocimiento anhelado por los pueblos indígenas. Desde un punto de vista comparado, Chile es un país que se encuentra atrasado en el proceso de reconocimiento indígena que ha ocurrido en América Latina. Por ejemplo, las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Venezuela, entre otras, consagran de distinta forma la existencia de sus pueblos indígenas.

Es conveniente reflexionar sobre este proceso de reconocimiento por cuanto existe una “deuda histórica” del Estado de Chile con los pueblos indígenas, y en especial con el pueblo mapuche. En 1989, el entonces candidato presidencial Patricio Aylwin se comprometió a impulsar un conjunto de medidas institucionales, legales y de política pública en favor de los pueblos indígenas. Si bien los gobiernos de la Concertación avanzaron en algunos de los acuerdos del denominado “Pacto de Nueva Imperial”, la reforma constitucional sigue pendiente. Por otra parte, los niveles de conflictividad y violencia que ha experimentado el país en los últimos quince años ameritan una revisión de la manera en que el Estado se ha estado vinculando con los pueblos indígenas. No se puede reducir el mal denominado “Conflicto Mapuche” a un tema referido a la propiedad de la tierra ni a la búsqueda de una mayor igualdad de oportunidades y desarrollo económico. La disminución de la violencia y exclusión social también implica innovar en aspectos simbólico-políticos, entre los cuales destaca el compromiso del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Esta búsqueda de vinculación de los pueblos indígenas con el Estado no solo es una necesidad real, sino que además se condice con los avances en el derecho internacional de los derechos humanos¹.

¹ Vid. AGUILAR, Gonzalo, *Dinámica Internacional de la Cuestión Indígena*, Santiago, Librotecnia, 2007; ANAYA, James, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Derecho*

Cabe destacar la relevancia de dos instrumentos internacionales: la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), y el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989).

Con el objeto de valorar y promover la diversidad étnico-cultural de la sociedad chilena, en las secciones que siguen se presentan los principales fundamentos del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Además, se analizan los estándares constitucionales que han sido fijados en las décadas recientes en distintos países de América Latina. Chile no solo debería adecuar su legislación interna a los estándares del constitucionalismo latinoamericano, sino que además debería considerar los avances recientes en el derecho internacional de los derechos humanos. A continuación se analiza el proyecto de reforma constitucional presentado por la presidenta Michelle Bachelet el 2007², el cual ha sido refundido con una Moción parlamentaria³. En consecuencia, el objetivo principal de esta investigación es identificar los aspectos normativos fundamentales que deberían ser considerados al momento de discutir el reconocimiento de los pueblos indígenas en el constitucionalismo chileno.

En el primer capítulo se explica por qué es importante el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Además se precisan algunos conceptos que son relevantes para el debate y que han sido considerados por los constituyentes latinoamericanos. Así, se revisan las nociones de pueblo indígena, diversidad cultural, libre determinación, participación política y territorio indígena. Se proporcionan antecedentes de otros países latinoamericanos que han reconocido constitucionalmente a los pueblos indígenas y que pudieran ser valiosos para la discusión en Chile. En el segundo capítulo se efectúa un análisis crítico del Mensaje Presidencial presentado el 2007. Con la finalidad de aportar al debate, en el tercer capítulo se formulan algunas propuestas político-jurídicas y se describen escenarios futuros en relación al tema investigado. Finalmente, se sistematizan las conclusiones más importantes de esta investigación.

Internacional, Madrid, Trotta, 2005; STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*, México D.F., UNESCO, 2008.

² Boletín N° 5522-07, Mensaje ingresado el 23 de noviembre de 2007.

³ Boletín N° 5324-07, Moción ingresada el 6 de septiembre de 2007.

II. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En las dos últimas décadas el constitucionalismo latinoamericano ha tendido hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Estos cambios normativos han sido acompañados por el desarrollo jurídico que se ha dado en la comunidad internacional a propósito de los pueblos indígenas. Las principales normas internacionales sobre la materia son las siguientes: el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dictado sentencias que han reconocido un conjunto de derechos (colectivos) de los pueblos indígenas, obligando a los Estados miembros a adecuar sus respectivos ordenamientos jurídicos a los nuevos estándares internacionales⁴. En consecuencia, diversos países han introducido modificaciones sustantivas en sus Constituciones, o han aprobado nuevas cartas fundamentales, refiriéndose expresamente a los derechos de los pueblos indígenas.

a. Importancia del Reconocimiento Constitucional

Los derechos de los pueblos indígenas han sido violados desde la Colonia hasta nuestros días. La denominada “Pacificación de la Araucanía” no es otra cosa que la usurpación *manu militari* y ocupación estatal de tierras tradicionalmente indígenas. No es posible entender la conflictividad actual en el sur de Chile sin considerar el origen violento de la ocupación. No cabe duda que el proceso de colonización de las tierras ubicadas al sur del río Biobío ha significado una vulneración de los pueblos indígenas. La ocupación territorial y la asimilación forzosa a la cultura dominante no indígena han provocado la postergación y molestia de las comunidades indígenas. Dado que los indígenas han sido discriminados, marginados y vulnerados en sus derechos, no debería extrañar la situación de pobreza en que muchos indígenas se encuentran y la violencia que ocurre especialmente en

⁴ Cabe destacar los siguientes casos: *Comunidad Mayagna Awas Tigni versus Nicaragua* (CIDH, 2001); *Comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay* (CIDH, 2005); *Comunidad Moiwana versus Suriname* (CIDH, 2005).

zonas rurales. A modo de ejemplo, el 24 de mayo de 1859 se afirmaba en *El Mercurio de Valparaíso* que:

Los hombres no nacieron para vivir inútilmente y como los animales selváticos, sin provecho del género humano; y una asociación de bárbaros tan bárbaros como los pampas o como los araucanos no es más que una horda de fieras, que es urgente encadenar o destruir en el interés de la humanidad y en el bien de la civilización.

Durante la segunda mitad del siglo XX se incurrió en el error de asociar a los indígenas con la noción de campesinos. Algunos autores se han referido a esta situación, aunque no se puede pretender reducir el conflicto a las demandas de tierra y desarrollo agrícola⁵. La Reforma Agraria impulsaba durante el gobierno del presidente Eduardo Frei Montalva, y luego ampliada durante la Unidad Popular, las comunidades indígenas recuperaron parte de sus tierras ancestrales. Fue una época en la que el gobierno y los partidos promovieron la participación campesina, por ejemplo, a través de los consejos campesinos. Luego del 11 de septiembre de 1973 tuvo lugar la contrarreforma agraria, y los derechos de los pueblos indígenas fueron una vez más vulnerados. Si uno revisa los nombres de las personas ejecutadas o detenidas desaparecidas, puede advertir la ascendencia indígena de muchos de ellos⁶. Durante la dictadura se acentuó la pobreza de los indígenas en Chile. Gracias al apoyo de la Iglesia Católica y algunas ONG, en 1978 se crearon los Centros Culturales Mapuches. De manera asistencialista se abordan las demandas de protección del medio ambiente en zonas o áreas indígenas. Durante la década del 80 se revivió un silencioso pero violento proceso de exclusión de los pueblos indígenas, que perdura hasta hoy. Por ejemplo, diversos estudios demuestran la preocupante discriminación social y racial que sufren las personas indígenas en Chile⁷.

⁵ Vid. BENGOA, José, CANIGUAN, Natalia, "Chile: los mapuches y el Bicentenario", *Cuadernos de Antropología Social*, Nº 34, julio-diciembre 2011, p. 15.

⁶ Por ejemplo, los indígenas Francisco Curimil, Mauricio Huenucoy, Bernardo Nahuelcoy y Francisco Cheuquecoy fueron acribillados a la orilla del mar en Puerto Saavedra. Ellos fueron acusados de tener nexos con el Partido Comunista y el Movimiento de Izquierda Revolucionaria.

⁷ UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES: "La omisión a la diferencia, elites, discriminación y reconocimiento de pueblos originarios en Chile", Instituto de Investigación

Con la finalidad de recuperar la democracia y vencer en las elecciones presidenciales de 1989, el entonces candidato de la Concertación de Partidos por la Democracia, Patricio Aylwin, se reunió en Nueva Imperial con representantes y autoridades de los pueblos indígenas en el denominado “Encuentro Nacional Indígena”⁸. Aylwin se comprometió a mejorar la calidad de vida de los pueblos indígenas, a través de políticas públicas y reformas constitucionales y legales. Específicamente, en su programa de gobierno se establecía que:

Se adoptarán las medidas destinadas al reconocimiento y preservación por parte del Estado de los pueblos indígenas componentes de la sociedad chilena, valorizando su cultura y su carácter de pueblos integrantes de nuestra nacionalidad. El Estado reconocerá en plenitud sus derechos políticos, sociales, económicos y culturales⁹.

Durante los primeros años de la Transición a la Democracia hubo algunos avances concretos. En 1990, se creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) con la finalidad de coordinar las políticas públicas referidas a los pueblos indígenas y preparar un anteproyecto de ley¹⁰. El 5 de octubre de 1993 fue publicada la Ley Nº 19.253, conocida como Ley Indígena. Se creó una nueva institucionalidad pública, encargada de velar por los intereses de los pueblos indígenas: la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Poco tiempo después se publicó otra norma que ha sido de vital importancia para los pueblos indígenas: la Ley General sobre Bases del Medio Ambiente (Nº 19.300, 1994). Sin embargo, no se cumplieron todas las promesas que la Concertación les hizo a los pueblos indígenas en la campaña electoral de 1989. En parte ello no fue posible por la

en Ciencias Sociales UDP, disponible en Internet: <http://www.icso.cl/wp-content/uploads/2012/12/democracia-y-reconocimiento.pdf>; CEPAL & ATM: “Desigualdades territoriales y exclusión social del pueblo mapuche en Chile”, disponible en Internet: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/3/46283/2012-79-DesigualdadesterritorialesWEB.pdf>.

⁸ *Vid. Acta de Nueva Imperial*, 1989, disponible en Internet: http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_view/21-acuerdo-de-nueva-imperial-1989.raw?tmpl=component.

⁹ *Vid. PROGRAMA DE GOBIERNO DE PATRICIO AYLWIN*, Santiago, Editorial Jurídica Publibey, 1989, p. 3.

¹⁰ Decreto Supremo Nº 30, 27 de mayo de 1990.

oposición de los partidos de derecha a incorporar reformas sustantivas a favor de los pueblos indígenas. De hecho, todos los intentos de reformar la Constitución en tal sentido, fracasaron. También se debe tomar en cuenta que los procesos de etnogénesis de los pueblos indígenas se tradujeron en una mayor conciencia de los dirigentes indígenas respecto de sus derechos. En consideración de los hechos de violencia que ocurrieron a fines de los 90 en el sur de Chile, se comenzó a hablar del “Conflicto Mapuche”¹¹. Una de las medidas que adoptó el presidente Ricardo Lagos para hacerse cargo de los conflictos que se estaban dando en distintas regiones del país, fue la creación de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas (2003). En su informe final se recomienda reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas:

La comisión estima que dicha regla constitucional 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 pueblos¹².

En las negociaciones que sostuvieron las autoridades de gobierno y la oposición para incorporar reformas sustantivas a la Constitución de 1980, la demanda de reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas estaba incorporada. Sin embargo, no se llegó a acuerdo y, en definitiva, la Reforma Constitucional de 2005 fue aprobada sin ninguna mención a los pueblos indígenas¹³. En definitiva, después de cinco gobiernos democráticos, todavía no ha sido posible mencionar a los pueblos indígenas en la Constitución Política.

Parte de la doctrina nacional también ha aportado argumentos a favor del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Por

¹¹ BENGÓA, José, *Historia de un Conflicto. El Estado y los Mapuches en el Siglo XX*, Santiago, Editorial Planeta, 1999.

¹² INFORME DE LA COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Santiago, 2003, p. 531.

¹³ HENRÍQUEZ, Miriam, “Los Pueblos Indígenas y su Reconocimiento Constitucional Pendiente”, en: ZÚÑIGA, Francisco (ed.), *Reforma Constitucional*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005.

ejemplo, Alejandro Silva Bascuñán ha sostenido que: “afirmar, en el ordenamiento jurídico nacional, el reconocimiento de que en su seno existen varios pueblos indígenas, responde a una exigencia de justicia, tal como lo ha admitido la Iglesia Católica”¹⁴. Miriam Henríquez, por su parte, señala que para afianzar una democracia plena, se hace necesario consagrar el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, su perdurabilidad y su identidad cultural¹⁵.

b. Elementos del Reconocimiento Constitucional

Los principales conceptos que forman parte del debate constitucional sobre pueblos indígenas son los siguientes: pueblo, diversidad cultural, libre determinación, participación política y territorio. A la luz del constitucionalismo latinoamericano, es posible advertir que estos conceptos se pueden presentar de diversas maneras y con mayor o menor intensidad en la carta fundamental. En los párrafos que siguen se explican estas nociones y cómo han sido consagradas en diversas constituciones.

1º. Pueblo. Uno de los conceptos más polémicos en el debate sobre el reconocimiento indígena es la noción de pueblo. Tiene una fuerte carga política, lo cual ha obstaculizado la búsqueda de un consenso mayoritario entre los distintos sectores. Los grupos más conservadores del parlamento no están de acuerdo en reconocer la existencia de pueblos indígenas en Chile, y prefieren que se utilicen nociones como comunidad o etnia. El Convenio N° 169 de la OIT define a los pueblos tribales en su Art. 1º a): “los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”. La Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas, de la Asamblea General de Naciones Unidas¹⁶, también se refiere al término pueblo y señala en su Art. 1º que: “los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos

¹⁴ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, “Pueblo, Tierra y Desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena”, Santiago, Comisión Chilena de Derechos Humanos, 1992, p. 27.

¹⁵ HENRÍQUEZ, *Los Pueblos Indígenas...*

¹⁶ Disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

los derechos humanos”, y a continuación agrega que “las personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos en cuanto a dignidad y derechos” (Art. 2º). La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) organizó, en 1989, una reunión de expertos con el fin de reflexionar sobre el concepto de derechos de los pueblos. Según la UNESCO, se entiende por pueblo:

1. Un grupo de individuos que comparten todas o algunas de las siguientes características comunes: a) una tradición histórica común; b) identidad racial o étnica; c) homogeneidad cultural; d) unidad lingüística; e) afinidad religiosa o ideológica; f) conexión territorial; g) vida económica común; 2. el grupo debe ser más que un cierto número pero no necesita ser extenso aunque debe ser más que una simple asociación de individuos de un Estado; 3. el grupo como un todo debe tener la voluntad de ser identificado como un pueblo o la conciencia de ser un pueblo [...], 4. El grupo debe tener instituciones u otros medios de expresar sus características comunes y su deseo de identidad¹⁷.

Una de las definiciones más utilizadas por los expertos en derecho constitucional indígena corresponde a la formulada por José Martínez Cobo, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su

¹⁷ UNESCO, “New Reflections on the Concept of Peoples’ Rights”, 1989, citado en AGUILAR, Gonzalo, LAFOSSE, Sandra, ROJAS, Hugo, STEWARD, Rébecca, *Justicia Constitucional y Modelos de Reconocimiento de los Pueblos Indígenas*, México D.F., Editorial Porrúa, 2011, p. 11.

existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales¹⁸.

Por otro lado, también se ha referido a la definición de pueblo el Tribunal Constitucional, al señalar que debe ser entendido como: “un conjunto de personas o grupos 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 conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte”¹⁹.

Desde un punto de vista formal, diversas constituciones latinoamericanas, que reconocen a los pueblos indígenas, se refieren al concepto de pueblo. El Art. 62 de la Constitución de Paraguay señala: “Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo”. El Art. 2º de la Constitución mexicana señala que los pueblos indígenas 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, políticas [...]”. Es posible apreciar en estas constituciones que el tratamiento normativo que reciben los pueblos indígenas se encuentra íntimamente ligado a sus derechos colectivos. La importancia del concepto de pueblo está en atribuir un estatus colectivo al definir a los pueblos como sujetos de derecho. En efecto, al ser reconocido como sujeto de derechos, la noción de pueblo adquiere una fuerte connotación política, social y jurídica.

2º. *Diversidad cultural*. Un elemento fundamental del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas es el reconocimiento de la cultura de estos. La promoción de la identidad cultural de los indígenas implica valorar la diversidad cultural de una sociedad. Para que la diversidad cultural existente dentro de un territorio dado sea apreciada, es necesario estimular un diálogo entre culturas diferen-

¹⁸ MARTÍNEZ COBO, José: “Estudio del Problema de la Discriminación en contra de las Poblaciones Indígenas”, Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7, disponible en www.un.org/esa/.../workshop_data_background.doc.

¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, requerimiento respecto del Convenio Nº 169, Rol Nº 309-2000, 4 de agosto de 2000, Considerando 44º.

tes. La cultura “es una dimensión social que nos ampara a lo largo de nuestra existencia, constituyéndonos en seres sociales históricos, y que tiene que ver con las formas más elementales de vida de los miembros de una sociedad o pueblo”²⁰. Más que reconocer la coexistencia de diversas culturas, el desafío político-jurídico es promover las sinergias resultantes de la interacción entre las distintas culturas e identidades culturales que viven en un país. Uno de los organismos internacionales que más atención ha prestado a la diversidad cultural es la Unesco, entidad que ha tratado el tema desde varias perspectivas, contribuyendo a la definición y referencias de la diversidad cultural en tanto factor para la cohesión y la paz social. La Unesco entiende por diversidad cultural: “la multiplicidad de medios por los que se expresan las culturas de los grupos sociales y sociedades. De las diversas formas revestidas por la cultura a lo largo del tiempo y del espacio emanan la originalidad y la multiplicidad de las identidades y expresiones culturales de los pueblos y sociedades que forman la humanidad”²¹. Del mismo modo, la Unesco ha señalado que la diversidad cultural “es una fuerza motriz del desarrollo, no solo en lo que respecta al crecimiento económico, sino como medio de tener una vida intelectual, afectiva, moral y espiritual más enriquecedora”²².

Diversos países latinoamericanos se refieren a la diversidad cultural de sus pueblos en sus constituciones. El Art. 1º de la Constitución de Bolivia consagra la pluralidad cultural y sostiene que Bolivia es un Estado plurinacional²³, haciendo mención de la existencia de naciones indígenas. El Art 7º de la Constitución de Colombia establece que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. Del mismo modo, Ecuador se define como un Estado

²⁰ AGUILAR *et al.*, *Justicia Constitucional...*, p. 18.

²¹ UNESCO: *Anteproyecto de Convención sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas*, disponible en Internet: <http://portal.unesco.org/culture/es/files/12900/10958784663DivCult-BilanStrat%E9gies-FRA-20sept04.pdf/DivCult-BilanStrat%E9gies-FRA-20sept04.pdf>.

²² Disponible en Internet: http://portal.unesco.org/culture/es/ev.phpURL_ID=34321&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

²³ CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA (2008), Art. 1º: Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

intercultural y plurinacional, reconociendo a las naciones indígenas²⁴. El Estado de Perú dentro de sus derechos fundamentales de las personas reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación²⁵. Venezuela consagra en el Art. 100 de su Constitución el principio de igualdad de las culturas²⁶.

Reconocer constitucionalmente la existencia de diversas culturas en Chile, conlleva necesariamente el debate sobre las políticas públicas que se requieren para que todos los sectores de la sociedad chilena se enriquezcan recíprocamente de dicha diversidad. Un ejemplo de este proceso de valoración de la diversidad cultural e interculturalidad es el programa que inició el Ministerio de Educación el 2012, en conjunto con el Centro de Políticas Comparadas de Educación y Unicef, denominado “Educación para preservar nuestra diversidad cultural: Desafíos de implementación del Sector de la Lengua Indígena en Chile”²⁷. Así se avanza gradualmente hacia la integración de las diferencias y el diálogo entre el Estado, los pueblos indígenas y las personas no indígenas, como parte de un proceso constructivo de largo aliento. Bien puede afirmarse que el reconocimiento de la diversidad cultural en la Constitución chilena tendría dos externalidades positivas: 1º) la diversidad cultural pasaría a ser un elemento definitorio de la sociedad chilena; y 2º) se facilitaría la articulación de las demandas de pluralidad étnico-cultural que son formuladas por los pueblos in-

²⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR, Art. 1º: El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

²⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERÚ, Art. 2.19: Toda persona tiene derecho: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

²⁶ CONSTITUCIÓN BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Art. 100: Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. La ley establecerá incentivos y estímulos para las personas, instituciones y comunidades que promuevan, apoyen, desarrollen o financien planes, programas y actividades culturales en el país, así como la cultura venezolana en el exterior. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras culturales su incorporación al sistema de seguridad social que les permita una vida digna, reconociendo las particularidades del quehacer cultural, de conformidad con la ley.

²⁷ Disponible en Internet: [http://www.mineduc.cl/usuarios/intercultural/doc/201304021509350.Estudio_Implementacion_Sector_Lengua_Indigena\(2012\).pdf](http://www.mineduc.cl/usuarios/intercultural/doc/201304021509350.Estudio_Implementacion_Sector_Lengua_Indigena(2012).pdf).

dígenas con la aspiración de aumentar la integración política de los distintos sectores en el Estado chileno.

3°. *Libre determinación y participación política.* Un anhelo de los pueblos indígenas es que el resto de la sociedad (dominante) les reconozca su capacidad de controlar y definir su destino²⁸. En conformidad al derecho internacional, el derecho a la libre determinación de los pueblos es un derecho humano²⁹. Además se trata de un derecho de carácter colectivo, pues pertenece a todo el pueblo. En consecuencia, es una noción que tiene una fuerte carga política y que ha estado en constante discusión. Este elemento ha encontrado una fuerte oposición de parte de los sectores políticos más conservadores en Chile, pues temen que con ello la sociedad chilena se desagregue o que las personas reciban un trato diferente en base a su etnicidad, lo cual atentaría en contra del principio de igualdad ante la ley. La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas establece que los pueblos indígenas tienen la misma dignidad y derechos que todos los pueblos de la tierra. En su Art. 3° señala que los pueblos “tienen derecho a la libre determinación y en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. En el artículo que sigue, la Declaración consigna que “los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

El reconocimiento como pueblo, el desarrollo colectivo y la autodeterminación son dimensiones inseparables. Para los indígenas es fundamental que se les reconozca como pueblos pues el derecho

²⁸ James ANAYA, en referencia a la autodeterminación (de los pueblos indígenas) como derecho humano, señala que: “Entendida como un derecho humano, la idea esencial de la libre determinación es que los seres humanos, individualmente o como grupos, tienen por igual el derecho de ejercer el control sobre sus propios destinos y de vivir en los órdenes institucionales de gobierno que se diseñen de acuerdo con ese derecho”. ANAYA, James: “El Derecho de los pueblos Indígenas a la Autodeterminación tras la adopción de la Declaración”, disponible en http://www.mapuexpress.net/imagenes/publications/9_4_2010_23_11_23_2.pdf.

²⁹ Art. 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Art. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

internacional les reconoce a los pueblos el derecho a la libre determinación³⁰. A través de estas demandas indígenas de reconocimiento de la calidad de pueblo y del derecho a la autodeterminación se va implementando un nexo con el Estado. De esta forma se puede construir en el futuro una sociedad donde los indígenas ejerzan un nivel de autogobierno funcional al Estado. Mediante el reconocimiento constitucional, y la afirmación efectiva de estos derechos, se podrían generar en el futuro instancias de autorrepresentación política de los pueblos indígenas.

La autodeterminación implica la libertad de los pueblos para determinar su propio estatuto jurídico y político³¹. Pero para que esa libertad sea efectiva es necesario que sea ejercida en forma amplia, libre e informada, de modo que los pueblos indígenas participen en los procesos de toma de decisiones de todos los asuntos que les afecten. Sobre este punto el Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, ha sostenido que los pueblos indígenas deben tomar el protagonismo en su propio desarrollo. Incurren en un error de diseño los programas gubernamentales que terminan siendo gestionados por personas ajenas al mundo indígena. Por su parte, Ricardo Brodsky sostiene que “es necesario definir las condiciones políticas que permitan a los pueblos indígenas realizar y ejercer sus derechos de forma autónoma”³². Dicho de otro modo, lo que los indígenas buscan es que se reconozca su capacidad como pueblo para determinar autónomamente su organización y desarrollo.

Existen diversos elementos a considerar al momento de definir los niveles de autodeterminación indígena respecto del Estado. Evidentemente es predecible que exista una tensión entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario indígena. La misma Declaración de las Naciones Unidas establece 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

³⁰ AGUILAR, *et al.*, *Justicia Constitucional...*, p. 23.

³¹ AGUILAR, *et al.*, *Justicia Constitucional...*, p. 24.

³² BRODSKY, Ricardo, “El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas”, 23 de enero de 2013, columna disponible en <http://blogs.cooperativa.cl/opinion/politica/20130123164635/el-reconocimiento-constitucional-de-los-pueblos-indigenas/>.

soberanos e independientes”³³. Hay que entender la autonomía demandada por los pueblos indígenas como un espacio de crecimiento y desarrollo para la cultura, que no contraviene la institucionalidad chilena. Matías Meza-Lopehandía sostiene, respecto del clima de conflicto que puede generarse, que “no se trata de la creación de un Estado dentro de un Estado o que se separa de este, sino de un ámbito territorial en que los pueblos indígenas pueden dirigir por sí mismos su vida interna, a través de instituciones y costumbres propias”³⁴. Es un error pensar que se está violentando al Estado al reconocer la libre determinación indígena. No es un instrumento para crear un Estado distinto al chileno. Debemos reconocer en la autodeterminación un derecho inherente al ser humano, que busca conectar a un pueblo indígena con su orden interno, sin romper las fronteras del Estado.

Dos experiencias latinoamericanas que vale la pena destacar son la boliviana y la colombiana. El Art. 30 de la Constitución de Bolivia afirma que “las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos gozan de los derechos [...] a la libre determinación y territorialidad, en el marco de la unidad del Estado y de acuerdo a esta Constitución”. Se aprecia claramente que la autodeterminación indígena tiene como límite el Estado y la Constitución. Por otro lado, el Art. 287 de la Constitución de Colombia consagra que “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales”. Así podemos ver dos casos de constituciones que se hacen cargo de dar una respuesta a la necesidad de autodeterminación de los pueblos indígenas en la norma fundamental.

Por último, a propósito del derecho a la libre determinación indígena hay una arista fundamental que es la participación política. Hacer parte de los procesos de creación de política indígena a los mismos actores principales es un avance hacia el diálogo intercultural. Existen experiencias notables de participación política en Amé-

³³ Artículo 46.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁴ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, “Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas”, Observatorio Ciudadano, Junio de 2010.

rica Latina. Por ejemplo, la Constitución de Venezuela dispone que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional. Y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena”. La Constitución de Bolivia señala que “los pueblos tienen derecho a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que las medidas sean susceptibles de afectarles”. En el caso de Ecuador, la norma fundamental consagra el derecho a la participación como derecho colectivo: “el derecho a participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley”. La importancia de la participación política radica en que es una instancia real, efectiva y visible para enfrentar al Estado respecto de las reivindicaciones de los pueblos indígenas. Es una forma de mancomunar la organización y así también lograr un real y válido consentimiento de los pueblos indígenas.

4°. *Territorio*. Los pueblos indígenas se identifican con el territorio en el cual han vivido. No es concebible la cultura indígena sin su territorio. El espacio en el que se han desarrollado, donde vivieron sus ancestros, donde se realizan las ceremonias religiosas y rituales, es pieza esencial de la identidad indígena. Por ejemplo, el pueblo rapa nui es inseparable de Isla de Pascua. El pueblo mapuche y sus comunidades se identifican con distintas provincias de la zona sur de Chile. Los distintos gobiernos de la Transición han gestionado diversos programas para resolver los conflictos de tierra en el sur del país. Pero no se ha logrado un consenso que vaya a la par con la realidad de los comuneros que demandan el reconocimiento de territorios indígenas. Es un tema que ha tenido gran discusión y que ha desencadenado muchas veces en actos de violencia entre comuneros indígenas y las fuerzas policiales. Las demandas de territorio han llevado a tomarse espacios privados, quema de fundos, allanamientos de Carabineros, es decir, en los últimos años ha habido un clima de violencia en ciertas zonas del sur de Chile. Hay que entender que este conflicto responde a una reivindicación frente al despojo histórico que han sufrido los pueblos indígenas de sus tierras y territorios. Sumado a ello, la destrucción y apropiación de los recursos naturales existentes en tales lugares.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se refiere de manera amplia a los territorios indí-

genas (Art. 25)³⁵. En el fondo se consigna la unión espiritual de los indígenas con sus tierras y los recursos naturales ubicados en ellas, pues inciden no solo en su desarrollo sino que además en las futuras generaciones. El Art. 26 de dicha Declaración consagra que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, adquirido [...] los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u ocupación o utilización [...] los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídica de estas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, tradiciones y los sistemas de tenencia de tierras de los pueblos indígenas.

La Declaración da a entender la necesidad de proteger y reconocer los territorios indígenas, en tanto son vitales para el desarrollo de los pueblos indígenas. El Convenio N° 169 de la OIT también consagra la protección del territorio indígena y se refiere al valor espiritual de tales territorios, los que son definidos como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera”³⁶. Dicho convenio también se refiere al derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado los pueblos indígenas. En tal sentido, ordena a los gobiernos a hacerse cargo de determinar estos territorios y garantizar los derechos sobre las tierras, y a establecer un mecanismo de reivindicación de las tierras indígenas³⁷. El convenio también se refiere a los recursos naturales que se hallan en territorios indígenas, reconociendo el derecho a su utilización, administración y conservación³⁸.

A la luz de los distintos proyectos de reconocimiento constitucional indígena que ha habido en Chile, Matías Meza-Lopehandía ha

³⁵ Art. 25: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.

³⁶ Art 13. del Convenio N° 169 de la OIT.

³⁷ Art. 14 del Convenio N° 169 de la OIT.

³⁸ Art. 15 del Convenio N° 169 de la OIT.

criticado la referencia al reconocimiento del territorio. Por lo general los proyectos se refieren a las tierras indígenas, omitiendo la noción de territorios indígenas. Al referirse a las tierras indígenas lo que se ha pretendido hacer es establecer “un estatuto especial para determinadas porciones de suelo fundada en la idea liberal clásica de propiedad privada e individual que no responde al ideario indígena”³⁹. El concepto legal de tierra indígena no incluye los recursos que se encuentren en ella. De acuerdo a la legislación nacional, ser propietario de una tierra no implica ser dueño de las aguas ni de los minerales que se encuentren en tales tierras. Esto tiene consecuencias negativas para los pueblos indígenas, pues en la práctica el hábitat indígena puede estar fragmentado y jurídicamente desprotegido. Además, el sistema liberal chileno sobre los derechos de propiedad ha privilegiado la titularidad individual, por sobre la noción de titularidad colectiva y que muchos indígenas prefieren.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara respecto del tratamiento que han de recibir las tierras indígenas. En el caso *Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tíngni vs Nicaragua* (2001), la Corte reconoció el derecho de territorio indígena, pues la tierra tiene un sentido fundamental para la cultura indígena. Algunos argumentos importantes que han sido fijados en dicha sentencia son los siguientes: “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra”⁴⁰. Como se puede apreciar, la Corte ha sido respetuosa de los pueblos indígenas en el sentido que la propiedad de sus territorios ha sido tradicionalmente concebida de manera colectiva. Se consagra también que la tierra debe ser “reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”⁴¹. De esta forma, la Corte ha reconocido la propiedad ancestral indígena, en virtud del uso y la posesión de las tierras. La Corte ha apoyado esta decisión en lo dispuesto en el Art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos –suscrita por Chile– y que señala que se “protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de

³⁹ MEZA-LOPEHANDÍA, *Reconocimiento Constitucional...*

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Caso *Comunidad Mayagna (sumo) awas tigngi vs Nicaragua*, p. 149.

⁴¹ *Comunidad Mayagna (sumo) awas tigngi vs Nicaragua*

las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”⁴². En consecuencia, en el ámbito internacional se ha reconocido el derecho colectivo de los pueblos indígenas respecto de los territorios en los que viven.

Sin embargo, hay sectores que se han opuesto por décadas a la noción jurídica de tierras indígenas. En el fondo quienes se oponen al reconocimiento de los territorios indígenas dentro de un país sostienen que el fijar un estatuto especial y diferente para las tierras en las que viven las comunidades indígenas sería un atentado contra la noción de territorio nacional, el cual sería uno solo e indivisible. Obviamente, este asunto forma parte del proceso político de búsqueda de reconocimiento constitucional que han planteado los pueblos indígenas a los sectores dominantes de la sociedad chilena. Matías Meza-Lopehandía, entre otros autores, argumenta a favor de la existencia legal de tierras y territorios indígenas. Lo anterior requiere que la propiedad de tales territorios se caracterice por ser colectiva⁴³. No es posible descuidar el tema de la propiedad de la tierra en cualquier debate que se quiera tener sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

III. PROYECTO DE RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

El 2007 fue presentado un nuevo proyecto de reforma constitucional para reconocer a los pueblos indígenas en la carta fundamental⁴⁴. De todas las iniciativas que se han presentado, en la actualidad esa sería la más factible de ser aprobada en el Congreso Nacional. Ello se debe a la votación alcanzada por la Nueva Mayoría en las elecciones parlamentarias de noviembre de 2013. Sin embargo, la presidenta Bachelet le ha planteado al país la necesidad de discutir y aprobar una nueva Constitución Política, que sustituya totalmente a la Constitución de 1980. En ese escenario, habría que volver a plantear el tema del reconocimiento de los pueblos indígenas. Al igual que en la campaña presidencial de 2005, el tema del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas se encuentra mencionado en el programa de

⁴² MEZA-LOPEHANDÍA, *Reconocimiento constitucional...*

⁴³ MEZA-LOPEHANDÍA, *Reconocimiento constitucional...*, p. 17.

⁴⁴ *Vid.* Mensaje de la presidenta Michelle Bachelet (noviembre de 2007), Moción de los senadores Espina, Otero, Allamand, Cantero, García y Romero (septiembre de 2007).

gobierno⁴⁵. Lo que la presidenta Bachelet ha sostenido en su programa de gobierno no es más que retomar un antiguo compromiso político de la Concertación de Partidos por la Democracia, asumido en Nueva Imperial en 1989. Sobre este tema, el Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018 señala lo siguiente:

Chile, en cuanto nación, es indivisible y pluricultural. Chile incluye a los pueblos indígenas, quienes gozan de identidad y cultura propia. Los derechos colectivos se relacionan con el medio en que viven estos pueblos y en el uso de sus recursos, y el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, lengua, instituciones y tradiciones sociales y culturales. El Estado debe fomentar la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe.

El proyecto de reforma constitucional de 2007 postula las siguientes modificaciones a la Constitución: 1°) reemplazar el Art. 4° de la Constitución por el siguiente: “La Nación Chilena es una, indivisible y multicultural. Se reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan el territorio de Chile y el derecho 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. Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes”. Además se propone modificar el actual Art. 5° de la Constitución (“Chile es una república democrática”), el Art. 19 N° 2 (“hombres y mujeres son iguales ante la ley cualquiera sea su origen étnico o racial”), y el Art. 19 N° 24 (“la ley debe proteger la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme a lo establecido en la Constitución y las leyes”).

El Mensaje Presidencial alude al compromiso asumido en Nueva Imperial y a las recientes recomendaciones internacionales sobre la materia. En cuanto a la legitimidad del acuerdo de Nueva Imperial,

⁴⁵ El programa de gobierno se encuentra disponible en <http://michellebachelet.cl/programa/>.

cabe mencionar que en el “Debate Nacional de los Pueblos Indígenas” participaron más de doscientas organizaciones indígenas. En esa oportunidad se resaltó la necesidad de que se reconozca constitucionalmente a los indígenas, y también se criticó la falta de consenso político en el tema. Por otra parte, las recomendaciones internacionales que ha recibido el país buscan que la legislación nacional se homologue con los estándares internacionales fijados para los ámbitos económico, tecnológico y productivo. Tales estándares no se condicen con el retraso que hay en el respeto y protección de las bases de nuestra sociedad⁴⁶. La moción de los senadores plantea el reconocimiento como una necesidad actual a la luz del Bicentenario de la Independencia de Chile, y destacan la importancia de reconocer el aporte y el valor de las etnias originarias de nuestro territorio.

El primer inciso del proyecto de reforma constitucional busca delimitar el debate al determinar que “la nación chilena es una, indivisible y multicultural”. En el fondo lo que se busca es fijar un principio político de carácter superior que reconozca que la sociedad chilena es diversa y multicultural. No tiene sentido reconocer a los pueblos indígenas si no existe la voluntad política de asumir que en Chile no todos somos iguales y que la diversidad cultural es un valor fundamental. El proyecto trata de hacer compatible la diversidad cultural con la noción de estado unitario. En efecto, se plantea la uniformidad e integración de la nación chilena como un todo, pero aceptando que en esa totalidad hay diferencias que deben ser respetadas. Un asunto diferente es discutir un conjunto de derechos que deberían ser otorgados a los pueblos indígenas para que, en forma autónoma, puedan controlar, administrar y aprovechar sus tierras. Pero cuando se plantea la indivisibilidad de la nación chilena, lo que algunos quieren destacar es que somos todos iguales y que no deberían haber categorías distintas o especiales para algunos ciudadanos. Los sectores más conservadores en esta materia tienen temor a que se fragmente la soberanía nacional en múltiples territorios a lo largo y ancho de Chile. Argumentan que admitir la posibilidad de estatutos especiales para ciertos territorios puede traducirse en división del territorio nacional y en un quebrantamiento de la soberanía. José Aylwin señala que se pone un candado al reconocimiento de los pueblos indígenas, cuando a estos se les considera como un componente o aporte a la conformación de

⁴⁶ Boletín Nº 5522-07, Mensaje Presidencial presentado el 23 de noviembre del 2007.

la nación chilena⁴⁷. Por su parte, Miriam Henríquez establece que la reforma planteada tiene la convicción de que la diversidad cultural sería un peligro o impedimento para la construcción de una identidad nacional compartida⁴⁸.

Este primer inciso en comento plantea a favor de los pueblos indígenas el reconocimiento de la multiculturalidad como un elemento propio de la sociedad chilena. Según Hugo Rojas, el principio de la multiculturalidad “contribuye a la merma de las cifras de exclusión o discriminación social, asegurando el intercambio cultural y resguardando las expresiones culturales. Que cada grupo por muy minoritario que sea, se estime y valore como esencial en la reproducción de su cultura”⁴⁹. El reconocimiento de la multiculturalidad en Chile es una necesidad no solo de los indígenas sino que además de otras (sub) culturas que se sienten marginadas, discriminadas, excluidas u oprimidas. La adopción del principio de la multiculturalidad tal como ha sucedido en países como Canadá o Australia sería un avance hacia el diálogo que se requiere entre distintas expresiones culturales. Reconocer dicho principio en la Constitución sería el punto de arranque de un conjunto de políticas públicas encaminadas a hacerse cargo de las demandas históricas de los pueblos indígenas.

En los últimos años se ha generado un debate sobre la conveniencia de fijar al principio de la multiculturalidad como principio superior de nuestro ordenamiento político-jurídico. Pero no en el sentido de considerarlo demasiado radical, como lo hacen los sectores más conservadores, sino por todo lo contrario. Pudiera ser que la multiculturalidad no fuese suficiente para satisfacer las demandas de los pueblos indígenas y se ha planteado la necesidad de dar un paso mayor. José Aylwin sostiene que “la política de la multiculturalidad ya fue superada por las constituciones más modernas, como la de Ecuador y Bolivia, porque solo supone una foto de los diferentes, ahora se necesita una política de la interculturalidad que reconozca además de las diferencias la interrelación”⁵⁰. Augusto Varas señala al respecto

⁴⁷ AYLWIN, José, “Reconocimiento constitucional de pueblos indígenas es engañoso”, Observatorio Ciudadano, 2009.

⁴⁸ HENRÍQUEZ, Miriam, “Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional”, ponencia en la Cátedra Ignacio Martín-Baró, Universidad Alberto Hurtado, 2012.

⁴⁹ ROJAS, Hugo, *El Principio de la Multiculturalidad*, Arzobispado de Santiago, 2002, p. 19.

⁵⁰ ROJAS, *El Principio...*, p. 24.

que “el multiculturalismo busca abordar las diferencias culturales a través del reconocimiento y la tolerancia de las mismas sin afectar los mecanismos de dominación que producen las desigualdades entre las culturas”⁵¹. Para enfrentar esto, Varas propone la política de la interculturalidad como principio rector. A partir de la interculturalidad se pretende transformar estos mecanismos y revalorizar las diferencias culturales, repercutiendo en las relaciones de poder.

Por otra parte, la reforma constitucional propuesta plantea que se reconozca “la existencia de los pueblos indígenas que habitan el territorio de Chile y el derecho 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”. La primera parte de dicho párrafo podría ser problemática, pues al referirse a los pueblos indígenas indica que estos “habitan el territorio de Chile”. La alusión al territorio chileno pudiera ser vista como perjudicial por los representantes de los pueblos indígenas, en el entendido que se podría estar afectando la histórica lucha de reivindicación de territorios indígenas. Si se dispone en la Constitución que los indígenas viven en el territorio chileno, sin hacer referencia al derecho colectivo que tienen a sus propios territorios, será difícil mantener el diálogo entre el Estado de Chile y los pueblos indígenas. La misión jesuita que se encuentra en Tirúa ha explicado que el tema de mayor violencia en el conflicto entre el Estado y el pueblo mapuche es precisamente la temática territorial⁵². El conflicto no se solucionará si no se acogen las demandas indígenas de restitución del territorio ancestral y la autonomía territorial. Carlos Bresciani y Luis García-Huidobro afirman que “se debería reconocer a los pueblos sus propios territorios autónomos indígenas”⁵³, pues la propiedad de la tierra es el núcleo de los constantes enfrentamientos entre indígenas, las fuerzas policiales y las empresas forestales.

⁵¹ Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/01/14/la-derecha-y-el-reconocimiento-constitucional-del-estado-a-los-pueblos-originarios/>.

⁵² BRESCIANI, Carlos y GARCÍA-HUIDOBRO, Luis, “¿Qué tipo de reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas?”, disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/10/12/que-tipo-de-reconocimiento-constitucional-a-los-pueblos-indigenas/>.

⁵³ BRESCIANI y GARCÍA-HUIDOBRO, ¿Qué tipo de reconocimiento...?

En el párrafo propuesto se busca reconocer el derecho de los pueblos indígenas a organizarse por sí mismos, conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones. De manera muy amplia y con un cierto grado de autonomía se propone un desarrollo cultural que recoge las expresiones sociales propias de los pueblos indígenas. Pero este postulado cae en la nefasta lectura de desconocer la titularidad indígena respecto a la calidad de “pueblo”, al preferir las expresiones “comunidad, organizaciones e integrantes”. El articulado propuesto desconoce lo que ha sido plasmado en diversos instrumentos internacionales y por la mayoría de las constituciones de América Latina. Existe una opinión mayoritaria, tanto en el derecho internacional como en el derecho constitucional latinoamericano, de reconocer la noción de pueblo indígena. Es fundamental no confundir la titularidad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pues de la terminología que sea utilizada deriva una serie de derechos. Otro elemento a considerar dentro de este mismo inciso es que el derecho a desarrollar la identidad cultural indígena podría asimilarse al actual Art. 1° de la Constitución, en el sentido que el Estado de promover la mayor realización espiritual y material posible de la persona humana.

La última parte de la modificación busca establecer que “los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes”. Lo que se presenta aquí como un apéndice de autonomía para el pueblo indígena termina siendo redundante si se reconoce la categoría de pueblo indígena. Pero lo verdaderamente preocupante es que el derecho consuetudinario indígena, para ser válido, tendría que adaptarse al derecho estatal. En otras palabras, desde un punto de vista jerárquico, todas las leyes estarían por sobre el derecho consuetudinario indígena. Si eso fuera así, entonces en Chile se estaría negando el pluralismo jurídico que los pueblos indígenas están solicitando al resto de la sociedad chilena. Esta sujeción al orden jurídico chileno es un obstáculo para lograr una reivindicación indígena con una autonomía territorial plena. No sería posible compatibilizar la legislación nacional con las demandas históricas de los pueblos indígenas y el desarrollo que ha tenido el derecho constitucional indígena en otras latitudes. Es cierto que el Estado ejerce su control político y social a través de la Constitución y las leyes, pero también es posible que el Estado considere al derecho consuetudinario indígena como fuente del derecho. Como experiencia comparada puede tenerse a la vista el caso boliviano. En

la Constitución boliviana también se establece el estado de derecho, y la sujeción a las leyes y la Constitución. Pero, al mismo tiempo, se establecen diversos derechos constitucionales de los pueblos indígenas. Matías Meza-Lopehandía señala que la reforma constitucional en discusión supedita el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas a la voluntad del legislador de turno, lo cual sería una contradicción con la limitación a la soberanía que el constituyente estableció en función de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y los reconocidos por la propia Constitución y los tratados internacionales⁵⁴.

Según Miriam Henríquez, establecer que los pueblos indígenas no pueden contravenir la Constitución y las leyes no sería un avance⁵⁵. Por el contrario, lo que el constituyente estaría haciendo es adoptar una posición asimilacionista⁵⁶. El derecho indígena entraría en conflicto con el derecho estatal fácilmente. Lo que se necesita hacer, en cambio, es hacer compatibles ambos ordenamientos. Desde un punto de vista político, es conveniente discutir la autonomía indígena respecto de la legislación y la Constitución. Lo anterior no significa contraponerlos, sino entenderlos desde una perspectiva de unidad en la diferencia. Por ejemplo, en la Constitución boliviana se consagra de manera amplia la autonomía territorial indígena. Con ello el Estado ha dado una señal de respeto hacia los pueblos indígenas que forman parte de la sociedad boliviana. El pluralismo jurídico reconocido en Bolivia ha permitido que el principio de sujeción a las leyes y la Constitución sean funcionales a la noción de autonomía plena de los indígenas en sus territorios. El precepto constitucional boliviano aludido se encuentra en el Art. 2º, el cual establece que:

Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesino y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del

⁵⁴ MEZA-LOPEHANDÍA, *Reconocimiento constitucional...*, p. 28.

⁵⁵ HENRÍQUEZ, *Los pueblos indígenas...*

⁵⁶ Por asimilación se entiende 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. Esta postura parte del supuesto que la cultura receptora y dominante es superior a las demás y, por tanto, sería la única que debería sobrevivir en la confrontación cultural.

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 a la ley.

También es importante destacar la consagración de la costumbre indígena, al reconocerla como fuente del derecho. El 2008 ya se había dado cierta validez a la costumbre indígena cuando se promulgó la Ley N° 20.249, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios. El fin de esta ley es resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, para mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades. Respecto de la importancia que tiene atribuirle una dimensión jurídica a la costumbre indígena, James Anaya sostiene que dicho reconocimiento es esencial para el ejercicio de la autonomía jurídica que requieren los pueblos indígenas para desarrollar sus culturas. De esta forma se puede ir creando una nueva cultura jurídica inclusiva de los pueblos indígenas.

La última modificación constitucional que se ha propuesto es la siguiente: “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”. Nuevamente, el proyecto opta por no utilizar el vocablo “pueblo indígena”, prefiriendo las nociones de “personas y comunidades indígenas”. La propuesta es insuficiente y no reconoce la existencia de territorios indígenas. Si se mira el texto con atención se podrá ver que, más bien, lo que hace el constituyente es ofrecer una declaración de cierto paternalismo estatal. En efecto, lo que estaría haciendo el constituyente es entregarle al legislador toda la regulación de las tierras en las que vivan las personas y comunidades indígenas. Peor aún, la norma propuesta no es ninguna novedad. Algo similar ya se encuentra establecido en el Título II de la Ley N° 19.253, aprobada hace dos décadas⁵⁷. Basta con investigar los niveles de violencia que ha habido en el sur de Chile durante los últimos quince años para darse cuenta que la

⁵⁷ El Título II de la Ley N° 19.253 se refiere a “Del reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas”. La legislación vigente menciona la existencia de tierras indígenas, establece un régimen tributario y registral especial, dispone limitaciones al dominio, las sustrae del régimen de indivisión del Código Civil, a fin de favorecer su propiedad comunitaria.

legislación e institucionalidad indígenas no han sido suficientes para hacerse cargo del conflicto. Matías Meza-Lopehandía señala que no se puede reducir el tema de los derechos territoriales indígenas en la Constitución a la “propiedad sobre tierras” y el ejercicio del “derecho de aprovechamiento de aguas”. La redacción propuesta omite la palabra territorios, por lo que se vería dificultado el ejercicio de la autonomía territorial que demandan los indígenas⁵⁸.

En cuanto al derecho de aprovechamiento de aguas, la reforma planteada no significa ningún adelanto a la situación legal actual. De hecho, se estaría restringiendo el derecho que ha sido dispuesto en el Art. 64 de la Ley Indígena⁵⁹. La ley señala que las comunidades indígenas que habitan en el norte del país tienen derecho a la propiedad y uso de las aguas que se encuentran en los terrenos de la comunidad. La Corte Suprema se ha referido al reconocimiento del derecho de propiedad de los indígenas sobre las aguas, resaltando que dicho derecho tiene como fundamento el uso inmemorial que han tenido las aguas por parte de los indígenas⁶⁰. No es menor el hecho de asumir el carácter ancestral y consuetudinario del dominio de las aguas por parte de los indígenas. En especial cuando se intenta solucionar pacíficamente los enfrentamientos entre indígenas con grandes proyectos de explotación de recursos naturales, como mineras, forestales o hidroeléctricas, que requieren de una fuente hídrica para sus procesos de producción.

⁵⁸ MEZA-LOPEHANDÍA, *Reconocimiento constitucional...*, p. 30.

⁵⁹ Art. 64 de la Ley Nº 19.253: “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas”.

⁶⁰ Corte Suprema, Sentencia del 22 de marzo del 2004, *Comunidad Atacameña Toconce con Essan S.A.* El tribunal señala que se encuentra acreditado en el juicio que desde tiempos inmemoriales los habitantes de Toconce han hecho uso ininterrumpido de las aguas del río Toconce, para el consumo humano, animal y el riego, siendo un hecho incuestionado que este derecho se ha ejercido con ánimo de dueño. A mayor abundamiento, constituye un hecho público y notorio que la comunidad de Toconce ocupa en forma ancestral el recurso hídrico proveniente del río Toconce, y de ello dan cuenta la enorme cantidad de terrazas de cultivo existentes en la zona, los canales de riego con sus correspondientes bocatomas, así como el uso inveterado de dichas aguas en labores de agricultura, pastoreo y consumo humano.

El articulado propuesto tampoco se condice con los instrumentos internacionales suscritos por Chile. El inciso analizado no habla de reconocimiento de territorios, que es el fondo de las demandas históricas de los pueblos indígenas. Más bien se refiere a la sujeción y regulación legal de territorios de comunidades y personas indígenas. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece en su Art. 26 el sentido de asumir el reconocimiento de territorios indígenas. Los estados deben asegurar el reconocimiento y protección jurídica de las tierras, territorios y recursos indígenas. Dicho reconocimiento debe respetar debidamente las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de las tierras de los pueblos indígenas. En consecuencia, Chile debe tomarse en serio los deberes internacionales que ha asumido. De partida debe adoptar todas las medidas necesarias para adecuar su ordenamiento jurídico y las prácticas internas a los compromisos internacionales asumidos.

IV. PROPUESTAS Y DESAFÍOS

Respecto del proceso de constitucionalización de los derechos de los pueblos indígenas, algunos autores han formulado las dificultades que conlleva este proceso a la luz de las realidades de América Latina, incluyendo Chile. Miguel Carbonell se ha referido a este asunto al contextualizar el proceso de reconocimiento indígena⁶¹. En ciertos casos se puede apreciar una correlación entre tránsito hacia la democracia, después de un período autoritario, y reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Como es sabido, a mediados de la década del 90 emergen distintos procesos de reformas constitucionales en la región, los que empiezan a dar cabida a los derechos indígenas y a la diversidad étnica. Carbonell identifica cuatro posibles puntos de conflictos al momento de consagrar los derechos indígenas en la carta fundamental.

El primero de estos conflictos corresponde a la identificación del sujeto. No existe uniformidad de criterio, pues se utilizan diferentes denominaciones: pueblo, comunidad, minoría, cultura, nación indígena. La terminología a emplear es relevante, pues de ella se derivan derechos diferenciados para una u otra categoría. Un segundo conflic-

⁶¹ CARBONELL, Miguel, "La Constitucionalización de los Derechos Indígenas en América Latina: Una Aproximación Teórica", en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 108.

to es la tensión entre individuo y comunidad. Hay ciertos derechos que sugieren que el reconocimiento constitucional en algunos casos hace referencia al individuo mientras que en otros al colectivo. Por ejemplo, cuando se alude a las comunidades indígenas, ¿se extienden también esos derechos a los indígenas que no viven en las comunidades? Un tercer punto de conflicto tiene que ver con la armonización entre el derecho estatal y el derecho indígena. Pudiera ocurrir que existan conflictos normativos entre ambos sistemas jurídicos. Un problema relevante que podría suceder es un conflicto entre lo que establezca el derecho consuetudinario indígena y las garantías constitucionales reconocidas a todos los ciudadanos. ¿Qué sistema normativo debería primar en caso de contradicción entre una norma estatal y una regla indígena? El último conflicto es la tensión entre el derecho de autonomía indígena y los derechos sociales. Por ejemplo, pudiera ser que una persona sea discriminada por motivos culturales, confundiendo el régimen jurídico aplicable al caso concreto: Ley Antidiscriminación o Ley Indígena. Pudiera ser que se valore la identidad cultural, pero para terminar con la discriminación económica se intente todo lo contrario: lograr una igualdad, una extensión sin diferenciación. Las constituciones deberían ofrecer una respuesta jurídica adecuada frente a estos cuatro problemas relevantes.

Otras problemáticas interesantes a propósito del proceso de constitucionalización de los derechos indígenas han sido formuladas por Laura Giraudó y Flavia Carbonell. Las autoras señalan que la constitucionalización se encuentra dentro del fenómeno de juridificación. Este es un término que se emplea para varios procesos, que tienen en común el hecho de conferir o reforzar el carácter jurídico de pretensiones, competencias, obligaciones, prohibiciones, procedimientos de resolución de conflictos o relaciones dentro de una sociedad⁶². A partir de lo anterior, identifican un conjunto de interrogantes en el proceso de juridificación indígena. Primero, si el tipo de juridificación consiste en el reconocimiento del carácter pluriétnico de una nación, del derecho consuetudinario indígena o de la jurisdicción indígena. ¿Es una condición necesaria y suficiente para el respeto de la autonomía jurídica y política de los pueblos indígenas que estos aparezcan

⁶² Vid. GIRAUDO, Laura y CARBONELL, Flavia, "Derechos, Costumbres y Jurisdicciones Indígenas en la América Latina Contemporánea", en: *Repensando el Derecho Indígena*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 302.

en la Constitución? ¿Se requieren, además, políticas públicas, leyes y organismos encargados del desarrollo indígena?

En segundo término, o sí la constitucionalización de ciertos derechos a favor de los pueblos indígenas se traduce en reconocerles —como lo hacen algunas constituciones— derechos colectivos y/o competencias exclusivas en ciertas materias y ámbitos personales o territoriales. Este reconocimiento no es libre y se encuentra, por lo general, condicionado. Pareciera ser que se transforma en un derecho limitado por la Constitución y las leyes del Estado respectivo. A la luz de esta situación es que nace uno de los conflictos principales ante el reconocimiento constitucional: ¿Qué sucede en el caso de conflicto entre el derecho indígena protegido por la Constitución y el derecho estatal?

Las autoras plantean que la juridificación indígena no siempre ha ido a la par con un desarrollo legislativo que acompañe el reconocimiento constitucional. Centrarse en el estatus constitucional de las reivindicaciones puede conducir a la situación de ausencia de especificación de los contenidos constitucionales en normas legales y reglamentarias. Lamentablemente pudiera darse el caso que se establezcan normas de rango constitucional que sean demasiado amplias o meras declaraciones de buenas intenciones, pero que en la práctica no tengan ninguna eficacia. La falta de legislación ordinaria que especifique los derechos garantizados constitucionalmente y el descontento de la población indígena frente a la insuficiencia del reconocimiento constitucional son asuntos que no se pueden descuidar. Por último, ¿qué sucede cuando el indígena cuestiona el derecho consuetudinario propio, manifestando la voluntad de que sus acciones y relaciones se rijan de acuerdo a las normas estatales? Estas son algunas de las situaciones complejas que podrían producirse en un proceso de juridificación indígena.

A continuación me permito formular dos desafíos que no han sido debatidos adecuadamente en Chile. En primer lugar, recurrir a la expresión “nación indígena” para referirse a las colectividades indígenas. Existe un puente que comunica el concepto de pueblo con el de nación, a la luz del reconocimiento de un colectivo de personas que comparten una misma historia, religión, idioma y cultura. Ningún proyecto de reconocimiento constitucional presentado en Chile se ha referido a los indígenas en tanto naciones. Es más, la Constitución solo reconoce como nación a la chilena. Recuérdese que el Art. 6º de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas consagra que: “toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad”. El Art. 9º prescribe que: “los pueblos y los in-

dividuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate”. Algunas constituciones latinoamericanas se han referido a las naciones indígenas, reconociendo la coexistencia de distintas naciones. Así, el Art. 1° de la Constitución de Bolivia consagra que: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional, Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural [...]”. El Art. 1° de la Constitución de Ecuador señala que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Como se puede apreciar, ambos países han reconocido la plurinacionalidad de sus sociedades en sus respectivas constituciones.

Al hablar de pueblos nos referimos a los habitantes de una determinada nación, es decir, al colectivo de personas. Por otro lado, la idea de nación tiene que ver con recoger elementos que configuran la identidad de un pueblo y lo dotan de un sentido de pertenencia. La práctica de una cultura indígena deja de ser un asunto meramente folclórico cuando es capaz de conferir un sentido identitario y de pertenencia a un colectivo político. Eso es precisamente lo que sucede en los pueblos mapuche, rapa nui, aimara. El sentido de nación es notorio, más aún en los casos de las etnias mapuche con presencia en Argentina o aimaras con presencia en Bolivia.

Un segundo elemento a considerar en este debate consiste en determinar cuál es la real participación y consulta de los pueblos indígenas en el proyecto de reconocimiento constitucional chileno. El Gobierno de Chile ratificó el Convenio N° 169 de la OIT en forma voluntaria. Con ello dicho instrumento internacional ha pasado a ser una norma válida en el sistema jurídico chileno. En su Art. 6° el Convenio señala que: “los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. A continuación dicha norma prescribe que: “las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Ninguna de las iniciativas de reconocer en la Constitución a los pueblos indígenas ha sido consultada bajo los parámetros que establece el Convenio N° 169. Durante la tramitación de los distintos proyectos se ha invitado a personas pertenecientes diversas etnias y or-

ganizaciones indígenas a participar en las sesiones de las comisiones de Constitución, Legislación y Justicia del Senado. Pero ello no configura una consulta válida. Es más, significa una clara vulneración del Convenio N° 169 de la OIT, por cuanto son decisiones que afectarán la relación de los pueblos indígenas con el Estado.

En abril de 2009, James Anaya sostuvo lo siguiente a propósito de la situación chilena: “La consulta efectiva con los pueblos indígenas en este proceso es fundamental para la validez y legitimidad del nuevo texto constitucional a adoptarse y para asegurar que dicho texto realmente corresponde a las aspiraciones y derechos humanos de los pueblos indígenas”⁶³. En el mismo informe Anaya sostuvo que, para que la consulta indígena responda al estándar del Convenio N° 169 de la OIT deben constar los siguientes hechos: 1) La consulta debe realizarse con carácter previo; 2) La consulta no se agota con la mera información; 3) La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza para ambas partes; 4) La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; 5) La consulta debe ser sistémica y transparente; 6) La consulta debe orientarse a alcanzar un acuerdo⁶⁴. Sumado a esto, Anaya sostuvo que no solo debe llevarse a cabo una consulta sobre una propuesta de reforma constitucional, desde el Estado hacia los pueblos indígenas, sino que además se deben permitir contrapropuestas y preacuerdos para ir generando un mecanismo de consulta válido⁶⁵.

Más allá del proceso de reconocimiento constitucional, hay que señalar que la aplicación del derecho a consulta y participación, consagrado en el Convenio N° 169 de la OIT, ha sido mal implementado en el sistema jurídico chileno⁶⁶. Es necesario llevar a cabo un proceso

⁶³ ANAYA, James: “Normas Internacionales que debe cumplir la Consulta sobre Reforma Constitucional”, 2009, disponible en Internet en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>.

⁶⁴ ANAYA, *Normas Internacionales...*

⁶⁵ ANAYA, *Normas Internacionales...*

⁶⁶ El Informe de Observaciones para Chile de la OIT (2013) señala: “La Comisión invita al Gobierno a incluir en su próxima memoria indicaciones sobre los resultados de los esfuerzos realizados para adoptar una normativa consensuada que reemplace el Decreto Supremo N° 124. La Comisión espera que la nueva normativa asegure la efectiva participación de los pueblos indígenas en las decisiones susceptibles de afectarles directamente y el pleno efecto de las disposiciones correspondientes de los artículos 6, 7, 15 y 16 del Convenio”.

de consulta y participación que sea válido en todo el debate sobre reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas. Quizás convenga plantear la constitucionalización de algunos de los derechos fijados en el Convenio N° 169.

V. CONCLUSIÓN

El tema del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas se instaló en la agenda pública en las postrimerías de la dictadura militar. Al hacer suyas las demandas indígenas, el presidente Aylwin decidió hacerse cargo de una deuda histórica del Estado de Chile con sus pueblos indígenas. Han pasado más de dos décadas de discusión, cinco gobiernos democráticos y múltiples proyectos de reforma constitucional, pero ninguno de ellos ha logrado concretar la promesa asumida en el Pacto de Nueva Imperial (1989). La realidad de los pueblos indígenas en Chile es compleja, tanto en lo socioeconómico como en lo jurídico-político. Los distintos gobiernos de la Transición a la Democracia han desarrollado políticas de desarrollo indígena que no han logrado acabar con la exclusión, la pobreza, la marginación social, la discriminación y la represión que viven muchos indígenas. Sumado a esto, Chile no ha cumplido con los compromisos internacionales que ha asumido tras ratificar instrumentos internacionales como el Convenio N° 169 de la OIT. El sistema jurídico vigente en Chile no se condice con los lineamientos fijados en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la ONU.

No pudiendo eludirse el tema del reconocimiento constitucional anhelado por los pueblos indígenas, es urgente debatir sobre cómo debe darse la relación entre el Estado y los indígenas chilenos. A partir de una reforma constitucional, o incluso de una nueva Constitución, sería posible ofrecer cambios sustanciales no solo en lo normativo sino que además influir en el diseño de políticas públicas para mejorar la situación de los pueblos indígenas en Chile. En estos momentos se debate en el país la posibilidad de derogar y superar la Constitución de 1980, aprobando una nueva carta fundamental. Distintos sectores políticos, sociales y académicos han planteado la conveniencia de generar un proceso de reforma constitucional que sea una manifestación democrática de los cambios que Chile necesita. Esta investigación se inserta en este contexto de debate sobre el futuro del constitucionalismo chileno y se suma a las iniciativas que buscan la aprobación de una nueva Constitu-

ción a través de procesos participativos y democráticos. Es imprescindible buscar acuerdos políticos, entre todos o la mayoría de los sectores, que contribuyan a una convivencia intercultural armónica y respetuosa entre indígenas y no indígenas. Para que ese debate sea fructífero, se debe reconocer a los indígenas su condición de pueblos, titulares de derechos colectivos, compatibles con las garantías constitucionales que se reconocen a todos los ciudadanos.

El proyecto de ley de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas presentado el 2007 no solo es perfeccionable sino que además requiere ser reformulado. La reforma constitucional que se apruebe debe ser coincidente con los estándares que han sido acordados en la comunidad internacional. Por cierto, cualquier debate serio sobre los derechos de los pueblos indígenas y su constitucionalización exige en primer lugar que se abra un espacio de consulta y participación efectiva de los propios pueblos indígenas. Cualquier instancia que carezca de dicho espacio no gozará de la legitimidad ante los pueblos indígenas. La reforma debería consagrar un plexo de derechos que sean respetados y garantizados, de modo que gracias a tales derechos sea posible saldar la deuda histórica con los pueblos indígenas. En esta investigación se ha argumentado a favor del reconocimiento de la noción de pueblo indígena, del derecho de libre determinación, de territorio indígena y de promoción de la diversidad cultural en el territorio nacional. Estos elementos son fundamentales para avanzar en el reconocimiento de los pueblos indígenas, de modo que no pueden estar ausentes en el debate sobre la reforma constitucional que el país requiere. Por último, el reconocimiento no puede consistir en una declaración de intenciones y debe ir acompañado de medidas concretas a favor de los pueblos indígenas. La reforma constitucional que reconozca a los pueblos indígenas es una herramienta jurídico-política clave en la senda de contravenir la deuda histórica con los pueblos indígenas. Sin una reforma constitucional ambiciosa y sustantiva no se disminuirán los niveles de violencia en el sur de Chile ni se avanzará hacia la construcción de una sociedad más inclusiva y multicultural.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros y artículos

AGUILAR, Gonzalo, *Dinámica Internacional de la Cuestión Indígena*. Librotecnia, Santiago, 2007.

- AGUILAR, Gonzalo; LAFOSSE, Sandra; ROJAS, Hugo & STEWARD, Rébecca, *Justicia Constitucional y Modelos de Reconocimiento Indígena*. Ed. Porrúa, México D.F., 2011.
- ANAYA, James, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*. Trotta, Madrid, 2005.
- ANAYA, James, *El Derecho de los pueblos Indígenas a la Autodeterminación tras la adopción de la Declaración*, 2010, disponible en: http://www.mapuexpress.net/images/publications/9_4_2010_23_11_23_2.pdf.
- ANAYA, James, *Normas Internacionales que debe cumplir la Consulta sobre Reforma Constitucional*, 2009, disponible en Internet en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>
- AYLWIN José, “Reconocimiento constitucional de pueblos indígenas es engañoso”, Observatorio Ciudadano, 2009.
- _____, “Los dilemas del Estado en la Araucanía”, Observatorio Ciudadano, 2014, disponible en: <http://www.observatorio.cl/node/10630>.
- BELLO, Álvaro & AYLWIN, José, *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Temuco, 2008.
- BENGOA, José, CANIGUAN, Natalia, “Chile: los mapuches y el Bicentenario”, *Cuadernos de Antropología Social*, Nº 34, Santiago, 2011.
- _____, *Historia de un Conflicto. El Estado y los Mapuches en el Siglo XX*. Editorial Planeta, Santiago, 1999.
- BRESCIANI, Carlos & GARCÍA-HUIDOBRO, Luis, “¿Qué tipo de reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas?”, 2013, disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/10/12/que-tipo-de-reconocimiento-constitucional-a-los-pueblos-indigenas/>.
- BRODSKY, Ricardo, “El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas”, 2013, disponible en: <http://blogs.cooperativa.cl/opinion/politica/20130123164635/el-reconocimiento-constitucional-de-los-pueblos-indigenas/>.
- GIRAUDO, Laura & CARBONELL, Flavia, “Derechos, Costumbres y Jurisdicciones Indígenas en la América Latina Contemporánea”, en *Repensando el Derecho Indígena*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- HENRÍQUEZ, Miriam, “Los Pueblos Indígenas y su Reconocimiento Constitucional Pendiente”, en ZÚÑIGA, Francisco (ed.): *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago, 2005.
- _____, “Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional”, ponencia en la Cátedra Ignacio Martín-Baró, Universidad Alberto Hurtado, 2012.

MARTÍNEZ COBO, José, *Estudio del Problema de la Discriminación en contra de las Poblaciones Indígenas*, Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7, disponible en: www.un.org/esa/.../workshop_data_background.doc.

MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, “Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas”, Observatorio Ciudadano, junio de 2010.

MILLAQUÉN, Jorge, “Reforma Constitucional y reconocimiento de los pueblos indígenas”, Temuco, 2011, disponible en: <http://meli.mapuches.org/spip.php?article2251>.

PROGRAMA DE GOBIERNO DE PATRICIO AYLWIN, Editorial Jurídica Publibey, Santiago, 1989.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Pueblo, Tierra y Desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1992.

STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*, UNESCO, México, D.F., 2008.

ROJAS, Hugo, *El Principio de la Multiculturalidad*, Arzobispado de Santiago, Fundación de Documentación y Archivo de la Vicaría de la Solidaridad, Santiago, 2002.

UNESCO, *New Reflections on the Concept of Peoples' Rights*, 1989.

_____, *Anteproyecto de Convención sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas*, disponible en Internet en: <http://portal.unesco.org/culture/es/files/12900/10958784663DivCultBilanStrat%E9gies-FRA-20sept04.pdf/DivCult-BilanStrat%E9gies-FRA-20sept04.pdf>.

VARAS, Augusto, “La derecha y el reconocimiento constitucional del Estado a los pueblos originarios”, 2013, disponible en: <http://www.elmostrador.cl/2013/14/01/la-derecha-y-el-reconocimiento-constitucional-del-estado-a-los-pueblos-originarios>.

2. Otros documentos

ACTA DE NUEVA IMPERIAL, 1989, disponible en Internet en: http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_view/21-acuerdo-de-nueva-imperial-1989.raw?tmpl=component.

INFORME DE OBSERVACIONES PARA CHILE DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2013, disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/chile-oit/1655-2013-ceacr-oit-chile.html>.

INFORME DE LA COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS, 2003, disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/268>.

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *La omisión a la diferencia, elites, discriminación y reconocimiento de pueblos originarios en Chile*, Instituto de Investigación en Ciencias Sociales UDP, disponible en: <http://www.icso.cl/wp-content/uploads/2012/12/democracia-y-reconocimiento.pdf>.

3. Normas

Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, Organización Internacional del Trabajo, 1989.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.

Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, UNESCO, 2001.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, 1966.

Constitución Política de la República de Argentina, disponible en Internet en: <http://www.senado.gov.ar/deInteres>.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, disponible en Internet en: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/constitucion2009.pdf>.

Constitución Política de la República de Chile, disponible en Internet en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>.

Constitución Política de la República de Colombia, disponible en Internet en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>.

Constitución Política de la República de Ecuador, disponible en Internet en: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>.

Constitución Política de la República de Perú, disponible en Internet en: <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>.

Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, disponible en Internet en: <http://www.mppeu.gob.ve/web/uploads/PDF/constitucion.pdf>.

Boletín N° 5522-07, Mensaje de la Presidenta Michelle BACHELET, 23 de noviembre de 2007.

Boletín N° 5324-07, Moción de los Senadores ESPINA, ALLAMAND, CANTERO, GARCÍA Y ROMERO, 6 de septiembre de 2007.

Decreto Supremo N° 30, 1990.

Ley N° 19.253, de Desarrollo Indígena, 1993.

Ley N° 20.249, Espacio Costero Marino 2008.

Ley N° 19.300, Ley General de Bases sobre Bases del Medio Ambiente, 1994.

4. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso *Comunidad Mayagna (sumo) awas tigngi vs Nicaragua*, 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia *Caso Saramanka vs Surinam*, 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia *Caso Comunidad Sawhoyamaxa vs Paraguay*, 2007.

Corte Suprema de Chile, Sentencia del 22 de marzo del 2004, *Comunidad Atacameña Toconce con Essan S.A.*

Tribunal Constitucional de Chile, Requerimiento respecto del Convenio N° 169, Rol N° C309-2000, 4 de agosto de 2000.