

PROPUESTAS CONSTITUCIONALES:

**RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS EN UNA NUEVA CONSTITUCIÓN**

Marzo 2021



RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN UNA NUEVA CONSTITUCIÓN¹



1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo al Censo del año 2017, un 12,8% de la población de Chile -es decir, 2.185.792 personas- se considera perteneciente a algún pueblo indígena u originario. La legislación vigente reconoce actualmente diez pueblos indígenas a lo largo de todo el territorio de norte a sur: los Aymaras, Quechuas, Changos, Atacameños, Collas, Diaguitas, Rapa Nui o Pascuenses, Mapuche, Kawashkar o Alacalufes y Yámanas o Yaganes². En este contexto, el pueblo indígena con mayor población a nivel nacional es el Mapuche, el que representa casi el 80% de la población indígena del país.

Transcurridos casi 210 años desde la dictación del primer texto constitucional de la República de Chile³, la única referencia a pueblos indígenas se remonta a la Constitución del año 1822, la que en su artículo

47 disponía -muy en el espíritu de la época- que “corresponde al Congreso, cuidar de la civilización de los indios del territorio”. Con excepción de esta escueta referencia a los pueblos indígenas, ninguna otra Constitución chilena menciona algún concepto, palabra, frase o idea relacionada con el tema indígena. En palabras de Namuncura (2016), pareciera que “para las Constituciones chilenas los pueblos indígenas no existen; ni siquiera como problema”⁴.

Si bien la historia constitucional evidencia una total ausencia del tema indígena en sus textos expresos, el debate en torno a la inclusión de los pueblos indígenas en nuestra Carta fundamental se remonta hace ya más de treinta años. A principios de la década de 1990 fue discutida la primera iniciativa de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en el

1. Este documento fue elaborado por los académicos Sebastián Donoso (UC) y Francisca Vergara (UC), con la colaboración de Richard Caifal, Edesio Carrasco (UC/UDD), José Manuel Astorga, Gonzalo Blumel y Hernán Larraín (coordinador del Proyecto Constitucional de Horizontal).

2. Al ser promulgada la Ley Indígena en el año 1993 se reconocían como vigentes ocho “etnias indígenas” (es la expresión utilizada por la ley). Diaguitas y Changos fueron posteriormente reconocidos como pueblos vigentes, en los años 2006 y 2020 respectivamente.

3. El Reglamento Constitucional Provisorio dictado en 1812 por José Miguel Carrera.

4. NAMUNCURA, D., “Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y derechos indígenas en una nueva Constitución”, en NAMUNCURA, D., PINTO, J., PAIRICAN, F. y otros (editores), Nueva Constitución y Pueblos Indígenas, p. 38.

Congreso Nacional, la cual correspondía al cumplimiento de la promesa del entonces Presidente de la República, don Patricio Aylwin, quien como candidato a la presidencia el año 1989 se había comprometido en Nueva Imperial a hacer suya la demanda de los pueblos indígenas de Chile, especialmente en lo referido a su reconocimiento constitucional. Desde dicha primera iniciativa se han discutido una decena de mensajes y mociones, no habiéndose ninguna de ellas materializado en las últimas décadas.

Hoy, en el marco del actual proceso constituyente, la propuesta que a continuación presentamos quiere

contribuir al debate sobre la redacción de la nueva Constitución, en particular en relación al desafío que implica el reconocimiento de los pueblos indígenas y de sus derechos. Para efectos de lo anterior, el presente documento comienza con un breve diagnóstico de la realidad actual, revisa diversas iniciativas que han existido hasta la fecha que han intentado, de algún modo, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, y finaliza con algunas propuestas, en particular en relación con los elementos que se estima necesario tener en consideración en el debate futuro sobre la nueva Constitución y los derechos específicos para reconocer.

2. DIAGNÓSTICO

2.1. LEYES HISTÓRICAS Y TRATO ACTUAL

El trato con los indígenas en Chile -desde el mismo comienzo de la República- se ha hecho en base a distintas leyes⁵. La revisión de los cuerpos normativos de toda naturaleza, que guardan relación con los pueblos indígenas de Chile, evidencia que desde la llamada Patria Vieja se ha regulado -de algún modo- por la vía normativa “la situación que existía con los indígenas”⁶. Ahora bien, tanto el lenguaje, el contenido y los objetivos perseguidos por las leyes dictadas para los indígenas han variado sustancialmente desde los inicios de la República hasta el día de hoy. Las conocidas como “leyes de la ciudadanía”, que correspondían a las primeras reglas y leyes dictadas por el Estado chileno, declaraban que los naturales debían “ser llamados ciudadanos chilenos, i libres como los demás habitantes del Estado con quienes tendrán igual voz y representación, concurriendo por sí mismos a celebrar toda clase de contratos (...)”⁷. Esta declaración de igualdad implicaba, en definitiva, que las relaciones con y entre indígenas se regían por las normas generales o comunes, no existiendo legislación especial alguna a su respecto.

Las normas históricas dictadas para los indígenas hasta el año 1993 -fecha en que fue promulgada la Ley N° 19.253 (también conocida como “Ley Indígena”)- versaban, principalmente, sobre la tenencia de la tierra y tenían por objeto primordial el determinar cuáles eran las tierras de los indígenas y cuáles eran las tierras del Estado en el marco de la política de unificación territorial. Estos objetivos fueron dejados

“

Vemos entonces que desde el año 1993 existe un reconocimiento expreso de los pueblos indígenas a nivel legal. Sin embargo, a la fecha no existe un reconocimiento constitucional de los mismos.

atrás expresamente al dictarse la Ley Indígena, la cual regula -o al menos intenta regular- la cuestión indígena en un marco omnicompreensivo⁸, intentando abordar el fenómeno con un afán de completitud y en base a principios determinados, a saber: el principio de discriminación positiva y el de protección étnica. Especial atención merece el artículo 1° de la Ley Indígena, el cual señala que:

“El Estado valora su existencia [la de los pueblos indígenas] por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores. Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas (...)”.

Vemos entonces que desde el año 1993 existe un reconocimiento expreso de los pueblos indígenas a nivel

5. VALENZUELA REYES, Milene y OLIVA FUENTEALBA, Sergio (editores), Recopilación Legislación Indígena 1813-2017 (2da edición actualizada, Santiago de Chile, Librotecnia, 2018), I, p.7. Cabe notar al respecto en todo caso que las leyes dictadas para los indígenas hasta la anexión de los territorios del norte (a partir de 1879), de la colonización del extremo sur (a partir de 1843) o de la ocupación de Isla de Pascua (1888) referían principalmente al pueblo Mapuche, o más bien a aquella parte del territorio nacional en la cual habitaban principalmente los mapuches.

6. VALENZUELA REYES (2018).

7. Bando Supremo de 4 de marzo de 1819 que “Exime del tributo a los indígenas [sic] y les otorga la ciudadanía (Bernardo O’Higgins Riquelme).

8. La Ley N° 17.729 del año 1972 corresponde al primer cuerpo legislativo que trata de un modo integral el tema indígena y que reconoce de un modo formal la existencia de los pueblos indígenas en Chile. Todos los cuerpos legales anteriores decían relación con temas puntuales relativos a los pueblos indígenas, en particular temas de tierras, mas no regulaban de un modo íntegro la temática, ni mucho menos contenían algún reconocimiento formal de los pueblos indígenas chilenos, de sus culturas y/o particularidades.

legal. Sin embargo, a la fecha no existe un reconocimiento constitucional de los mismos. Considerando esta tarea pendiente de nuestra República, en los siguientes párrafos se revisan, brevemente, las diversas iniciativas de reforma constitucional que se han discutido hasta la fecha a fin de entender adecuadamente dónde nos encontramos para abordar este debate.

2.2. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA

En las últimas tres décadas la mayoría de los países de América Latina ha modificado sus Constituciones y han incluido algún tipo de reconocimiento de la existencia de diversidad cultural y/o a sus pueblos indígenas. Independiente de los porcentajes de población indígena de cada país, la revisión de las Constituciones de América Latina permite evidenciar una visibilización generalizada de la cuestión indígena, ya sea incorporando reconocimientos formales de la existencia (y preexistencia) de los pueblos indígenas, o bien a partir del reconocimiento de extensos catálogos de derechos específicos.

Cabe notar al respecto que las crisis de gobernabilidad han sido consideradas como factores críticos para explicar las políticas de reconocimiento. Así, por ejemplo, en Colombia, una crisis política fue la que abrió el camino para que desde los movimientos sociales y po-



Imagen: Biblioteca Nacional

líticos se demandara una asamblea constituyente que se materializó en la nueva Constitución de 1991. En Bolivia también se enfrentó una crisis de legitimidad constitucional a comienzos de los años noventa, la que desencadenó la reforma constitucional del año 1994, que incluyó el reconocimiento indígena. El contexto existente en Chile a la fecha pareciera no ser distinto..

2.3. DISCUSIÓN EN TORNO AL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

2.3.1. ACUERDO DE NUEVA IMPERIAL Y PRIMER PROYECTO DE RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

Tal como fue mencionado, la primera propuesta de reconocimiento constitucional se remonta al 1° de diciembre de 1989, cuando el entonces candidato presidencial Patricio Aylwin se reunió con representantes de organizaciones indígenas en Nueva Imperial. En dicho encuentro -el cual es conocido como el “Acuerdo de Nueva Imperial”- el candidato se comprometió a hacer suya la demanda de los pueblos indígenas por su reconocimiento constitucional, para lo cual en el año 1991 ingresó al Congreso Nacional un primer proyecto de “reforma constitucional relativa a los pueblos indígenas” (Boletín N° 513-07), el cual proponía incluir el siguiente texto en el artículo 1° de la Constitución:

“El Estado velará por la adecuada protección jurídica y desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación Chilena”.

Si bien el texto y el tenor del reconocimiento propuesto en ese entonces dista probablemente del que se discute hoy a los pueblos indígenas en Chile, cabe destacar que se trata de una redacción que buscaba reconocer expresamente a los pueblos indígenas como tales en atención a su identidad particular. La oposición de la época argumentó, durante la discusión del proyecto, que la reforma no era necesaria, puesto que los pueblos indígenas estaban ya reconocidos implíci-

tamente en el artículo 1° de nuestra Constitución y que era posible generar ayudas concretas y directas a los pueblos indígenas con las disposiciones vigentes.

No obstante, en su mensaje el Ejecutivo se preocupó de explicar expresamente que la expresión “pueblos” no estaba considerada en el sentido de titularidad de soberanía nacional o de su ejercicio. Precisamente lo más discutido en torno a este primer proyecto de reconocimiento fue el uso del vocablo “pueblos”, el cual fue considerado por muchos de los parlamentarios como una eventual amenaza al carácter unitario del Estado chileno. Es más, se acordó, finalmente, omitir la palabra “pueblos” y usar la palabra “indígenas”. Con dicho cambio fue aprobado el texto de reforma por la Cámara de Diputados, pero luego su tramitación se paralizó sin llegar a puerto.

No podemos dejar de mencionar que, junto con este proyecto de reforma constitucional, el Ejecutivo presentó además un proyecto de ley para crear una Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, proyecto que sería luego aprobado y promulgado como ley en octubre de 1993 bajo el N° 19.253 (la ya mencionada “Ley Indígena”).

2.3.2. LA DISCUSIÓN SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERÍODO 1994-2000

A finales del gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle resurgió la cuestión indígena en la agenda pública nacional y es en dicho contexto que el ejecutivo solicitó el desarchivo del proyecto de reforma presentado por el gobierno de Patricio Aylwin. De este tomo se retomó su discusión después de cinco años de paralizada su tramitación. Cabe notar que junto con la urgencia de volver a la discusión constitucional el gobierno se comprometió en paralelo a retomar la discusión sobre la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

En atención a los cambios del contexto nacional en los ya mencionados cinco años, en particular la dic-

tación de la Ley Indígena y los primeros hechos de violencia en el sur de Chile, un grupo de diputados propuso un nuevo texto para el proyecto en discusión, el cual luego sufrió nuevas modificaciones al ser enviado nuevamente a la Comisión de Derechos Humanos. El texto finalmente puesto a votación -el cual fue rechazado en votación particular por falta de quórum- fue el siguiente:

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

2.3.3. LA DISCUSIÓN SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERÍODO 2000-2006

Posteriormente, en mayo del año 2000, el gobierno del presidente Ricardo Lagos anunció 16 medidas para los pueblos indígenas de Chile, entre las que se incluía impulsar ante el Congreso Nacional el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y la creación de una Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, la cual, en su informe final del año 2003, recomendó la modificación de la Constitución Política de Chile para reconocer la existencia de los pueblos indígenas que forman parte de la nación chilena, de sus culturas e identidades propias. Lo anterior, en conjunto con una serie de otras recomendaciones en la misma línea. El año 2004, en parte como respuesta a dichas recomendaciones, el gobierno presentó la denominada “Política indígena de nuevo trato”, la cual contemplaba diversas acciones para mejorar el nivel de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Durante este período ninguno de los proyectos de reforma sometidos al debate legislativo logró consenso, habiéndose sometido a discusión al menos cuatro proyectos de reforma distintos (boletines N° 2360-07, N° 4069-07, N° 5402-07 y reforma constitucional del año 2005, la cual contemplaba inicialmente el

reconocimiento de los pueblos indígenas). Con respecto a estos proyectos cabe destacar dos cosas: (i) el primero de ellos, además de reconocer la existencia de los pueblos indígenas, establecía la participación de los pueblos indígenas en el órgano legislativo; y (ii) la reforma constitucional aprobada el año 2005 establecía en sus inicios un reconocimiento de los pueblos indígenas, la que posteriormente mutó, en el marco de la discusión, a una declaración de la preocupación del Estado por las “poblaciones indígenas originarias”. Lo anterior, en atención al debate que nuevamente se generó en torno al uso del concepto de “pueblos”, vocablo que, como ya fue mencionado, generaba temores y preocupación por las eventuales implicancias en materia de unidad nacional.

2.3.4. LA DISCUSIÓN SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERÍODO 2006-2010

Durante el primer gobierno de la presidenta Michelle Bachelet se discutieron dos proyectos de reforma constitucional de distinto origen: (i) uno presentado por un grupo de senadores de oposición en septiembre del año 2007 y (ii) otro presentado dos meses después por el Ejecutivo. Ambos proyectos -debidos a su similitud- terminaron siendo refundidos. Lo anterior evidencia el creciente consenso político en torno al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, a lo cual cabría agregar como tierra fértil para dicho consenso: (i) el voto favorable de Chile para la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en septiembre del año 2007 y (ii) la ratificación del Convenio 169 -tras 17 años de tramitación- en marzo del año 2008.

A fines de enero de 2009, la Comisión de Constitución del Senado aprobó un nuevo texto para el reconocimiento de los pueblos indígenas, respecto del cual cabe destacar la incorporación en nuestra constitución, por vez primera, de elementos tales como: (i) el carácter multicultural de la nación chilena; (ii) la expresión “pueblos indígenas” siguiendo la definición del Conve-

nio 169; (iii) el reconocimiento explícito del derecho de las comunidades, organizaciones e integrantes de los pueblos indígenas a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones, así como organizar su vida de acuerdo con sus costumbres; y (iv) la protección que la ley debe dar a sus tierras y derechos de aprovechamiento de aguas.

Es destacable también que el texto consensuado en aquella época daba cuenta de que se superaba la tensión que producía el concepto “pueblos”, agregándose, de hecho, una disposición que señalaba que “la nación chilena es una e indivisible”, despejándose así todo tipo de dudas en relación a voluntades separatistas. Sin embargo, una vez superada esta primera tensión, fue posible reconocer nuevas discrepancias en torno a otros elementos que antes no habían entrado en discusión: (i) la diferencia entre el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas y su valoración, con el reconocimiento de derechos específicos; (ii) el catálogo de derechos a reconocer; y (iii) el o los sujetos a quiénes se reconocerían estos derechos, lo cual dice relación con la diferencia entre derechos individuales y derechos colectivos.

En atención a que a la fecha de discusión de este proyecto ya estaba vigente el Convenio 169, el cual, entre sus disposiciones, reconoce el derecho de consulta a los pueblos indígenas, el gobierno llevó a cabo un proceso formal de consulta indígena sobre el texto consensuado en el Senado. Luego, en abril de 2009, el proyecto fue aprobado en general por la sala del Senado, pero su tramitación posterior no prosperó.



Imagen: Agrupación Cultural Changos descendientes del último constructor de Balsas.

2.3.5. LA DISCUSIÓN SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL A PARTIR DEL AÑO 2010

Si bien en los primeros dos años del primer gobierno del Presidente Sebastián Piñera el proyecto de reforma que había sido aprobado en abril de 2009 siguió su tramitación e incluso se le asignó suma urgencia, en el año 2012 se retiró dicha urgencia y su tramitación se vio paralizada. Entre los años 2012 y 2015 se presentaron tres proyectos de ley con miras a reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas, pero ninguna de estas iniciati-

vas fue vista en el Congreso⁹.

En el segundo gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet la discusión en torno al reconocimiento de los pueblos indígenas se enmarcó en el proyecto de reforma constitucional impulsado por el gobierno, en particular, en el Proceso Participativo Constituyente Indígena. Dicho proceso fue objeto, también, de un proceso de consulta indígena cuyo resultado fue la suscripción de un acta con cinco acuerdos totales, cinco acuerdos parciales y tres medidas respecto de las que no hubo acuerdo¹⁰.

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

Fuente: Palacios, Camila y Donoso, Sebastián (2018).

9. Se hace presente que durante el primer gobierno del Presidente Sebastián Piñera se presentaron dos importantes proyectos de ley en relación a la institucionalidad en materia indígena, a saber, un proyecto con miras a crear una Agencia Nacional de Desarrollo Indígena y otro con miras a crear los Consejos de Pueblos Indígenas.

10. Cabe tener en consideración que existe discusión en el mundo indígena con respecto al valor de esta acta, esto debido a que no habría sido firmada por algunos de los delegados indígenas y también debido al hecho de que la representatividad de algunos de los delegados habría sido objeto también de cuestionamientos.

La revisión de estos acuerdos -incluso aquellos parciales- resulta relevante para esta propuesta. En efecto, tal como señala Licanqueo (2017), para promover nuevas propuestas de políticas públicas en materia indígena e incluirlas en una nueva Constitución, “es necesario revisar cuáles han sido los acuerdos alcanzados entre el mundo político y la dirigencia indígena; cuáles fueron las respuestas del Estado a la demanda indígena y cuál es hoy la actualizada ‘agenda indígena’”¹¹.

2.4. ¿POR QUÉ NO HA SIDO POSIBLE CONCRETAR EL RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS?

Sin querer simplificar en exceso la síntesis que hemos presentado, el análisis y revisión de la discusión de los proyectos de reforma constitucional tramitados a la fecha nos permite identificar una innegable tensión entre dos enfoques a la hora de intentar concordar un texto de reconocimiento de los pueblos indígenas, los cuales explican en parte la demora en concretar dicho reconocimiento:

- La oposición de líderes y dirigentes indígenas a cualquier texto de reconocimiento que no reúna ciertos requisitos o condiciones identificadas como “básicas”, a saber: (i) la utilización de un determinado lenguaje (como, por ejemplo, “pueblos”, “derechos colectivos”, “autodeterminación”); (ii) que haga suyas ciertas ideas o nociones jurídico-políticas; y (iii) que consagre un catálogo de derechos que se juzgan como mínimos.

La antedicha “oposición” se explica principalmente en la convicción de que al abordar la “cuestión indígena”: (i) debe existir un enfoque de derechos, siendo su consagración constitucional un punto crítico; (ii) existe la necesidad de generar

normas o estatutos especiales y políticas de acción afirmativa en la materia; (iii) se debe “dejar atrás” el enfoque de la superación de la pobreza y la integración al desarrollo; y, (iv) es necesario y “justo” situar la discusión más allá de los últimos treinta años, pues debe considerarse la “deuda histórica” que tendría el Estado de Chile con los pueblos indígenas.

- La oposición de ciertos grupos no indígenas a cualquier texto de reconocimiento que exceda ciertos contornos, siendo justamente uno de esos contornos el antes mencionado enfoque de derechos. Esta “oposición” dice relación en parte con: (i) la convicción de que la superación de la pobreza e integración al desarrollo son las principales claves para abordar esta problemática; (ii) la afirmación del mestizaje como rasgo característico de la chilenidad, unida a la convicción de que la igualdad ante la ley no puede ser materia de excepción; (iii) el temor de sentar precedentes equivocados con respecto a la unidad del Estado; y, finalmente, (iv) una visión de esta materia acotado a los últimos treinta años de historia sin acudir a sus orígenes históricos.

En este contexto, no se puede dejar de mencionar como una de las posibles explicaciones la tensión existente entre la Araucanía y las regiones aledañas, dado el (mal) denominado “conflicto mapuche”. En efecto, cualquier reconocimiento político del mundo indígena se ve teñido de temores y preocupaciones al respecto, los cuales en este caso dicen relación también con la eventual afectación de la unidad nacional, tensión evidenciada al revisar los proyectos de reforma constitucional discutidos hasta la fecha, en particular los primeros de ellos.

11. LICANQUEO, Elizabeth, “¿La nueva Constitución representará una oportunidad de institucionalidad para las organizaciones (mapuche)?” en Namuncura, D., Pinto, J., Pairican, F. y otros (editores). Nueva Constitución y Pueblos Indígenas, p. 155.

3. PROPUESTAS

Sin perjuicio de las tensiones entre las visiones identificadas anteriormente, hoy puede afirmarse que existe un consenso político transversal respecto a la inclusión en la nueva Constitución de un reconocimiento expreso de los pueblos indígenas¹². En este contexto de “consenso base” el desafío es, a partir de estos dos puntos de vista, generar una visión consensuada que se pueda plasmar en un reconocimiento constitucional que cumpla con ciertas condiciones de borde aceptables por todos, siempre teniendo en consideración la necesidad de cumplir con los estándares internacionales que regulan esta materia. En efecto, de esto se trata: de lograr un texto que convoque a todos los habitantes de Chile en torno a una mirada compartida sobre la posición que se quiere que tengan los pueblos indígenas en la organización social y política.

El reconocimiento de los pueblos indígenas y de sus derechos debe concretizar una nueva fórmula de con-

vivencia que se sustente en un conjunto de reglas y principios -o “arreglos institucionales”- que permitan una convivencia armónica entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad en su conjunto.

Esta nueva fórmula debe buscar un equilibrio entre lo que podríamos llamar “principio de realidad” -reflejar la realidad de lo que hoy somos como sociedad en términos demográficos, culturales, etc.- y lo que podríamos denominar “horizonte aspiracional”, esto es, delinear la realidad a la que aspiramos o la sociedad que queremos construir. En relación a esta nueva fórmula de convivencia entre los pueblos indígenas, el Estado y el resto de la sociedad, se considera esencial reconocer -de algún modo y aunque sea en la historia fidedigna de su discusión- los errores, injusticias y abusos cometidos por el Estado de Chile, la denominada “deuda histórica”. Lo anterior no con un afán de asignar responsabilidades, sino para intentar repararlas a través de un “nuevo pacto”¹³ hacia el futuro.



Imagen: Ministerio Bienes Nacionales.

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

13. DONOSO, Sebastián, *Pueblos Indígenas y constitución: caminos para un nuevo pacto* (2021) [en prensa].

3.1. CONTENIDOS ESENCIALES

Teniendo en consideración lo anterior, en particular el consenso básico en torno a la necesidad de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, creemos que es posible afirmar que nuestra nueva Constitución debiese considerar, al menos, los siguientes tres contenidos o elementos esenciales:

3.1.1. INTERCULTURALIDAD

El principio activo de cualquier tipo de reconocimiento constitucional, como así también la claridad de su existencia y sus implicancias, es lo que dota de sustancia y valor al reconocimiento mismo. Consideramos que dicho valor pivotante -que es de un modo u otro “el corazón” del reconocimiento- debe ser el principio de interculturalidad. ¿Por qué? El reconocimiento de los pueblos indígenas es justamente eso: visibilizar la realidad de la coexistencia e instar por una convivencia armónica a partir del encuentro cultural. Consideramos que para que dicho encuentro sea genuino y sustancial se debe superar la lógica de tolerancia pasiva de la multiculturalidad y se requiere dar un paso más allá. Debemos buscar un encuentro real de culturas que interpele a la sociedad en su conjunto, es decir, tanto a indígenas como a no indígenas.

Esto se relaciona de manera especial con el reconocimiento del valor de la relación de los pueblos indígenas con la tierra como un elemento consustancial a la supervivencia y transmisión de su patrimonio cultural y ya no solo como una cuestión relativa a la posesión o tenencia material de esta en los términos de nuestra tradición civilista, lo que fortalece la protección de dicho patrimonio.

No basta la constatación de una realidad innegable -la coexistencia entre indígenas y no indígenas- sino que

“

El principio activo de cualquier tipo de reconocimiento constitucional, como así también la claridad de su existencia y sus implicancias, es lo que dota de sustancia y valor al reconocimiento mismo. Consideramos que dicho valor pivotante -que es de un modo u otro “el corazón” del reconocimiento- debe ser el principio de interculturalidad.

se requiere establecer las bases de dicho relacionamiento, el que al menos debe ser armónico, de respeto y de diálogo. La búsqueda de armonía, respeto y diálogo genuino se condice con el principio de interculturalidad, el cual se ha entendido como la interacción entre dos o más culturas de modo horizontal y sinérgico y, por tanto, como una condición que favorece la convivencia armónica de todos los individuos. La interculturalidad se puede caracterizar así como una intención directa de promover el diálogo y el acercamiento entre culturas. Cabe notar que más allá de la inclusión expresa o no en el texto del principio de interculturalidad, lo que nos parece fundamental es que quede claro tanto en la discusión en la Constituyente como en el espíritu del texto cuál es su principio orientador.

3.1.2. RECONOCIMIENTO

Otro paso corresponde al reconocimiento en nuestra carta fundamental de la existencia -y preexistencia- de los pueblos indígenas. Este es un paso fundamental, el cual dista de ser meramente simbólico. El reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas tiene, además, un claro simbolismo político, el cual, para estar dotado de real significancia y no quedarse en un “mero simbolismo”¹⁴, deberá incluir además un

14. Manuel Antonio Núñez señala que “la sola declaración simbólica (usual en varios de los proyectos de reconocimiento que han sido presentados en nuestro Congreso Nacional) no pasa de ser una fórmula no significativa de reconocimiento” (En NÚÑEZ, Manuel Antonio, “Pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional. Formas de autonomía no territorial y territorial”, en El pueblo mapuche en el siglo XXI. Propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile. Colección Centro de Estudios Públicos, año 2017, p. 126.

reconocimiento y valoración de sus particularidades propias, esto es, de sus identidades y culturas, y un reconocimiento de sus derechos.

3.1.2.1. Reconocimiento de su existencia y valoración de sus particularidades y su cultura

Esta exigencia básica de justicia a la que hacemos referencia significa el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos activos y relevantes de la historia de nuestro país, dejando atrás la fórmula legislativa utilizada hasta los años ochenta en la cual los pueblos indígenas más bien parecían sujetos pasivos receptores de las normas del Estado de Chile desconociéndose su calidad de sujetos. Esta comprensión del reconocimiento da cuenta de que no se trata tan solo de un tema *para* los pueblos indígenas, sino que su significancia es vital también para el resto de los ciudadanos no indígenas, quienes no pueden sino completar a cabalidad su propio relato por medio de este reconocimiento. El Chile de hoy no puede explicarse a sí mismo y su devenir futuro sin esta base fundamental.

Un aspecto para considerar con respecto a este paso es si el reconocimiento debe referirse a la existencia o “preexistencia” de los pueblos indígenas. Cabe notar que el reconocimiento legal de los pueblos indígenas hoy contenido en la Ley Indígena incorpora ya un reconocimiento de su preexistencia al señalar que “El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos (...)”. Bien podría emplearse un lenguaje similar en materia constitucional.

En relación con el reconocimiento de las particularidades de los pueblos indígenas y su cultura, y en particular su especial relación con la tierra, el territorio y los recursos naturales -en línea con lo dispuesto por el Convenio 169 y a su vez con lo ya establecido en la Ley Indígena- se propone incluir una mención al re-



Imagen: Indap.

conocimiento de los aspectos colectivos de la relación entre pueblos indígenas y sus tierras. Este reconocimiento dice relación con la preservación de su cultura, de su lengua, de sus costumbres, de sus formas de organización y de participación, lo que luego deberá ser precisado por ley.

3.1.2.2. Reconocimiento de sus derechos específicos

El reconocimiento de los pueblos indígenas en nuestra carta fundamental debe incluir también el reconocimiento de derechos específicos. De esta forma, el reconocimiento político de los pueblos indígenas adquiere contenido y sustancia, puesto que pasan a ser reconocidos como sujetos de derechos, tanto individuales como colectivos.

Con respecto al nivel de detalle y por ende a la extensión del catálogo de derechos indígenas a incluir en un nuevo texto constitucional, esta propuesta sugiere privilegiar la inclusión de los derechos más relevantes bajo una redacción más bien genérica, más que un listado pormenorizado. Estos derechos, a nuestro juicio, son los que se indican a continuación.

(i) *Derecho a la libre determinación, y como parte de él, a ciertas formas de autonomía*

“

El reconocimiento del derecho a la libre determinación y como parte de él a ciertas formas de autonomía indígena no debe ser fuente de temores; más bien debe abordarse como una oportunidad de dar mayor representación y participación a los pueblos indígenas en la toma de decisiones, lo anterior sin quebrantar la unidad de la nación.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Declaración de la ONU) establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, y agrega que en virtud de este derecho ellos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Cabe notar al respecto -y sobre todo teniendo en consideración los “temores” a los cuales hicimos referencia al revisar los proyectos de reforma constitucional- que tanto la Declaración de la ONU como el Convenio 169 descartan que el derecho a la autodeterminación implique el derecho de un pueblo a decidir su separación de un Estado¹⁵, lo que implica que al referirnos a la autodeterminación indígena nos estamos refiriendo a la autonomía a nivel interno.

Teniendo esto en consideración, es posible afirmar que el reconocimiento del derecho a la libre determinación y como parte de él a ciertas formas de auto-

nomía indígena no debe ser fuente de temores; más bien debe abordarse como una oportunidad de dar mayor representación y participación a los pueblos indígenas en la toma de decisiones, lo anterior sin quebrantar la unidad de la nación¹⁶.

(ii) Derecho a sus propias instituciones políticas, culturales, económicas y sociales

La Declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Por su parte, refiriéndose a estas instituciones, la Organización Internacional del Trabajo (2009) ha puntualizado que las disposiciones del Convenio 169 no deberían entenderse como que están restringidas únicamente a las instituciones tradicionales, sino que se aplican a las prácticas actuales del desarrollo social, cultural y económico de los pueblos indígenas. En otras palabras, las adaptaciones culturales y el desarrollo tecnológico de los pueblos indígenas no deberían reducir o impedir la aplicabilidad de estas disposiciones. Esto también significa que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer instituciones contemporáneas, si las instituciones tradicionales ya no son adecuadas para satisfacer sus necesidades e intereses.

Así, al revisar las garantías fundamentales que se incorporen en la nueva Constitución, se debiera considerar la procedencia y necesidad de proponer enun-

15. El Convenio 169 lo hace cuando señala expresamente que la utilización del término “pueblos” no debe interpretarse en el sentido que se le atribuye a dicho término en el derecho internacional. La Declaración, por su parte, se cuida de señalar que “nada de lo señalado en la presente Declaración (...) se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

16. Pese a que ha sido reiteradamente aludido en la discusión pública, no existe acuerdo sobre el sentido y alcance del postulado normativo “plurinacionalidad” en el contexto chileno. Tampoco sobre las similitudes o diferencias que tiene aquel con otros postulados o principios como el de interculturalidad al que nos referimos en detalle más adelante, o con el derecho de libre determinación al que también nos referimos en este documento, ni menos aún sobre su contribución específica en el marco del reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos en la nueva Constitución. De estas precisiones dependerá la procedencia, conveniencia y/o importancia de reconocer o no un postulado de esta naturaleza.

ciados especiales que contribuyan a la vigencia de este derecho de los pueblos indígenas.

En línea con lo anterior, uno de los aspectos que podría incluirse como parte de este reconocimiento es lo relativo a los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a su patrimonio cultural, material e inmaterial, así como el deber del Estado de proteger y fomentar los mismos. Particular relevancia tendrá aquí reenviar a una ley la preservación y difusión de los idiomas de los pueblos indígenas, sobre todo considerando lo que se ha señalado respecto a la interculturalidad como principio orientador y articulador del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

(iii) Derecho a la participación

Finalmente, nos parece que incluir como parte del reconocimiento constitucional el derecho a la participación de los pueblos indígenas es un complemento necesario de los dos derechos previamente aludidos. Esto es especialmente relevante en la medida que se estimen como más apropiadas para la realidad chilena las formas de autonomía no territorial, pues en ellas lo que tiene relevancia no es el control de un territorio específico sino otras formas de representación

“
al revisar las garantías fundamentales que se incorporen en la nueva Constitución, se debiera considerar la procedencia y necesidad de proponer enunciados especiales que contribuyan a la vigencia de este derecho de los pueblos indígenas.



Imagen: Araucanía.cl

y participación en distintas instancias de toma de decisiones. Manuel Antonio Núñez resumía el alcance de estas últimas de la siguiente manera:

“En la literatura y práctica comparada las formas de autonomía no territorial son amplias y de muy diversa naturaleza. Ellas comprenden una gama de mecanismos que facilitan la capacidad de acción política de los pueblos indígenas: a) el derecho de organización política, expresado a través de partidos o de organizaciones consuetudinarias propias reconocidas por el Estado; b) la capacidad de crear un derecho propio (usualmente consuetudinario) coercible frente a las instituciones estatales (como costumbre vinculante al menos en disputas entre miembros de una misma etnia) o propias (mediante la llamada justicia indígena); c) la capacidad de decidir sobre asuntos de naturaleza cultural como la educación, la lengua o la religión; d) el derecho de participación en las instancias decisorias de políticas estatales nacionales o locales; e) la capacidad para hacerse representar ante asambleas o cuerpos colegiados con poderes de decisión; y f) la autoridad para opinar a través de cuerpos consultivos locales o nacionales”¹⁷.

17. NÚÑEZ, Manuel Antonio, “Pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional. Formas de autonomía no territorial y territorial”, en *El pueblo mapuche en el siglo XXI. Propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*. Colección Centro de Estudios Públicos, año 2017, p. 127.

De todos los mecanismos de participación señalados, uno que sin duda tendrá una particular relevancia en el debate será la capacidad de los pueblos indígenas para hacerse representar ante asambleas o cuerpos colegiados con poderes de decisión. Aquí, más allá de los escaños reservados ya reconocidos a los pueblos indígenas en la Convención Constituyente, será muy importante establecer en el nuevo texto constitucional una fórmula permanente de participación de los pueblos indígenas en el Congreso Nacional. El legislador, junto con la Constitución, deberá precisar parte del ejercicio de este derecho.

3.1.3 INSTITUCIONALIDAD

Un último elemento considerado central en cualquier tipo de reconocimiento constitucional es la institucionalidad. La actual institucionalidad en materia indígena en nuestro país -cuyo principal organismo es hoy la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena- ha demostrado ser precaria e insuficiente. Es más, desde hace ya varios años se está discutiendo su reemplazo y creación de un Ministerio de Pueblos Indígenas por un lado y de los Consejos de Pueblos Indígenas por el otro.

No se trata de que el reconocimiento constitucional incluya detalles respecto de la institucionalidad indígena, sino más bien de establecer las fundaciones de una nueva institucionalidad que permita un diálogo constructivo entre el Estado y los pueblos indígenas. Para ello se estima de vital relevancia que se distinga entre aquella institucionalidad creada por el Estado para los indígenas de aquella instituciona-

“

Más allá de los escaños reservados ya reconocidos a los pueblos indígenas en la Convención Constituyente, será muy importante establecer en el nuevo texto constitucional una fórmula permanente de participación de los pueblos indígenas en el Congreso Nacional.

lidad que se dan los propios indígenas para dialogar con el Estado. Como bien se señaló, en la base del reconocimiento constitucional está que los pueblos indígenas puedan ser visibilizados como sujetos activos ante el Estado.

En el marco de la institucionalidad, se estima que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas podría traducirse en una oportunidad para propiciar una nueva institucionalidad que responda a los problemas de tierras indígenas, cuestión de la máxima sensibilidad y criticidad.

En efecto, el mecanismo vigente para “resolver los problemas de tierras” -en particular, el mecanismo de compra de tierras amparado en el artículo 20 b) de la Ley Indígena- ha demostrado tras treinta años de implementación su ineficacia, e incluso ha evidenciado ser el origen de tensiones más que de soluciones¹⁸. Es así que el Constituyente podría -en un artículo transitorio- encomendar a una ley especial la instalación de un nuevo mecanismo institucional que permita canalizar, resolver y ponerle márgenes a los problemas y reivindicaciones de tierras.

18. Un análisis acerca de los problemas que plantea el mecanismo del artículo 20 letra b) de la Ley Indígena -también llamado “compra de predios en conflicto”- puede revisarse en DONOSO, Sebastián (2017) “Compra de predios en conflicto. Análisis crítico y una propuesta”, en *El pueblo mapuche en el siglo XXI. Propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*. Colección Centro de Estudios Públicos. Año 2017, pp. 293-342.