

I N F O R M E

REFORMA CONSTITUCIONAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS DERECHOS

Miriam Henríquez Viñas¹
José Ignacio Núñez Leiva.²

I. PERSPECTIVA

Quienes suscriben el presente informe son especialistas en Derecho Constitucional, Fuentes del Derecho y Teoría de los Derechos Fundamentales, por tanto, los juicios manifestados en el presente documento expresan el sesgo de aquellas perspectivas y pretenden situarse en dicho contexto.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

La llamada “cuestión indígena” se ha planteado en los últimos veinte años en Chile como un tema de real importancia, que aunque actualmente controvertido no es nuevo. La solución de la cuestión indígena demanda el empleo de estrategias complejas y multidimensionales. En el plano normativo, el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos por parte del Estado chileno ha alcanzado distintos niveles. Así sus derechos han sido reconocidos en el ámbito legal (ley 19.253 de 1983) y mediante la incorporación al Derecho interno de tratados y declaraciones internacionales sobre la materia (Convenio OIT 169). Estas últimas imponen al

¹ Abogado, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesora de Fuentes del Derecho, LLM Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Sistema Interamericano de Protección de los Derechos, Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Profesora Derecho Constitucional de las Universidades Alberto Hurtado, Andrés Bello y De Las Américas. Email: mihenriquez@utalca.cl

² Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Metodologías de Investigación, Universidad Alberto Hurtado y en Derechos Humanos, Universidad Católica del Uruguay. Post Graduado en derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Magister en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctorando en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. Profesor y Director de Post Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Alberto Hurtado. Email: jnunez@uc.cl

Estado de Chile deberes concretos en la adopción de medidas y promulgación de normas jurídicas destinadas a dispensar una efectiva protección a los pueblos indígenas y sus integrantes. Sin embargo, a la fecha no se han alcanzado los consensos políticos necesarios para efectuar la reforma constitucional que se requiere. Nos referimos a su tratamiento desde una perspectiva dignitaria, que reconozca derechos fundamentales a los pueblos indígenas y sus integrantes.

En sistemas comparados, distintos han sido los alcances del tratamiento de la cuestión indígena. Los aspectos constitucionalizados han ido desde el reconocimiento de la multiculturalidad del Estado hasta la inclusión del derecho de los indígenas a la educación bilingüe³. En cambio, Chile no ha reconocido a nivel constitucional la diversidad cultural ni ha aceptado la multiculturalidad del Estado, es más, ninguna Constitución chilena ha previsto siquiera la existencia de los pueblos indígenas. Lo ocurrido se debe a que desde el inicio de la vida republicana chilena el tratamiento de los indígenas tuvo como bases una política asimilacionista y un proceso *ex post* de construcción de la identidad nacional desarrollado a partir de la dominación cultural de las elites gobernantes. Lo anterior implicó incorporar el segmento minoritario al grupo cultural dominante, exigiéndole renunciar a sus tradiciones y cultura como condición de comparecencia en el espacio público y para el disfrute de sus beneficios. Con todo, la evidencia parece indicar que dicho proceso no ha logrado suprimir completamente aquellas identidades, culturas e incluso sentimientos nacionales. Por el contrario, se aprecia su reflorecimiento, alimentado – entre otros factores – por la globalización.

³ Sólo a título ejemplar el catálogo de derechos fundamentales y de estatus que han sido asegurados a los pueblos indígenas contempla: a) su reconocimiento como pueblos originarios y preexistentes, b) la propiedad de sus tierras y aguas, entendiéndolas como un recurso material, cultural y soporte político para su existencia, c) los derechos a conservar, desarrollar y transmitir su cultura, d) el derecho a la autodeterminación o autogobierno según sus usos y costumbres, e) el derecho a la administración privilegiada sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, f) el derecho a la religión ancestral como factor de identificación étnico cultural, g) el derecho a tener formas propias de organización social, h) el derecho a la participación en la política local y nacional mediante la elección de sus propios representantes, i) el derecho a ser consultados cada vez que se promuevan medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos, j) y el derecho a adaptar la justicia a los sistemas indígenas utilizando sus usos y costumbres (derecho consuetudinario indígena), entre otros.

III. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL BOLETINES N°S 5.324-07 Y 5.522-07, REFUNDIDOS

El último proyecto de reforma constitucional en este sentido, se encuentra en actual revisión en el Senado, en su primer trámite constitucional y tiene su origen en un proyecto que refunde la moción de los senadores Espina, Otero, Allamand, Cantero, García y Romero, presentado a tramitación en septiembre de 2007; con el mensaje de la Presidente de la República presentado en noviembre del mismo año.

El texto del proyecto cuya aprobación en general propone la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, importa:

Reemplazar el artículo 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.

Intercalar en el actual artículo 5 el inciso primero: *“Chile es una república democrática”.*

Intercalar en el 19 N° 2: *Hombres y mujeres son iguales ante la ley cualquiera sea su origen étnico o racial.*

Agregar en el artículo 19 N° 24 inciso final: *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.

Los **aspectos positivos del Proyecto** en cuestión son, a nuestro juicio, los siguientes:

1. Se recoge el principio de la multiculturalidad. La multiculturalidad debe ser entendida como un conjunto variado de fenómenos sociales que derivan de la convivencia pacífica y/o coexistencia compleja de personas que se identifican con culturas diversas en un mismo territorio. El reconocimiento de la multiculturalidad supone constatar la existencia de los pueblos indígenas, con una historia y cultura particulares, esto es con identidad propia. Valida y respalda – por tanto – la legítima pretensión de los miembros de cada cultura consistente en querer preservarla y proyectarla.
2. Se reconoce la existencia de los pueblos indígenas. Aunque en términos restrictivos, según se verá más adelante.
3. Se reconocen algunos derechos a las organizaciones, comunidades e integrantes de aquellos.

Los **aspectos cuestionables**, a nuestro juicio, dicen relación con:

1. No es necesario, sino más bien contradictorio, señalar que *la Nación chilena es una e indivisible*. Esta afirmación parecería apoyar más al asimilacionismo que al pluralismo cultural. El asimilacionismo postula la unidad y la homogeneidad como elementos determinantes. Unidad que, por cierto, se alcanza en torno a valores culturales de la mayoría. Con esta fórmula también se manifiesta la convicción de que la diversidad cultural es un peligro o impedimento para la construcción de la identidad nacional compartida. Es necesario separarse, con estos fines, de la ideología del Estado-Nación, y así se podrá concebir una comunidad inclusiva, cuya existencia desmienta la tesis que una nacionalidad común es necesaria para la viabilidad de una comunidad política.
2. Parece también contradictorio reconocer la existencia de los pueblos indígenas, que a nadie cabe duda son los pueblos originarios o ancestrales, que han existido en este territorio desde tiempos precolombinos, y la referencia: *“que habitan el territorio de Chile”*, como si el Estado Chileno y su elemento esencial - el territorio - fuera anterior a ellos y les estuviera “prestado”.

3. Se trata de un reconocimiento de los pueblos indígenas, pero que no establece obligaciones concretas para el Estado ni le asigna derechos a aquéllos. En efecto, el proyecto indica que “*Se reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan el territorio de Chile*” pero, a continuación, cuando enumera ciertos derechos, se establece que son reconocidos para “*comunidades, organizaciones e integrantes*”, fórmula que se reitera en la reforma propuesta para el artículo 19 N° 24. Luego, respecto de los Pueblos Indígenas, se trata de una mera constatación de existencia, no del reconocimiento de un estatus jurídico especial ya sea por la vía del reconocimiento de derechos o atributos o mediante la afirmación de una especial valoración, como sí hace, por ejemplo, la Constitución a propósito de otras organizaciones o entidades como la familia (el núcleo fundamental de la sociedad) o los grupos intermedios (que se los reconoce, ampara pues organizan y estructuran la sociedad y se les garantiza una adecuada autonomía).
4. Los derechos que se reconocen (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) son asignados con un modelo confuso de titularidad. De acuerdo a su naturaleza, aquellos perfectamente pueden ser reconocidos respecto de personas indígenas o respecto de comunidades o pueblos (como derechos colectivos). Sin embargo, no se divisa como aquellos se asocian a “organizaciones”. No es sencillo imaginar que una organización pueda tener una identidad, cultura, idioma, instituciones o tradiciones propias. Establecer dentro de los titulares del derecho de conservación, fortalecimiento y desarrollo a organizaciones, lejos de robustecer la protección de los bienes tutelados, puede conducir a su trivialización.
5. El proyecto expresa que se podrán ejercer los derechos antes mencionados “*en la forma que establece el orden jurídico nacional*”. Esta frase es redundante, considerando que la propia Constitución en su artículo 6° inciso segundo somete a toda persona, institución o grupo – sin distinción – al ordenamiento jurídico. Empero también admite una interpretación que podría ir en perjuicio de aquello que se pretende resguardar. Buscando un “sentido útil” a este pasaje, podría colegirse una regla excepcional en materia de regulación del ejercicio de derechos fundamentales, que no encargase

únicamente al legislador dicha tarea, sino que al ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo – por ejemplo – a la potestad decretal.

6. En cuanto a las modificaciones al artículo 19 N° 2 y 24 cabe preguntarse si son realmente necesarias y si producen efectos positivos. Actualmente el artículo 19 N° 2 ya afirma que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Luego, extender aquella frase incluyendo una distinción (cualquiera sea su origen étnico o racial) a la cual no se le atribuye ninguna clase de efectos (pues a pesar de ello hombres y mujeres siguen siendo iguales ante la ley) ni en términos lógicos ni jurídicos tiene sentido. Por otra parte, considerando la posibilidad de interpretaciones conservadoras y escépticas de medidas legales de acción afirmativa, esta reforma podría llegar a ser interpretada como un impedimento para la promulgación de leyes que beneficien a grupos o personas, en atención a su situación de desventaja, causada, precisamente, por su origen étnico o racial.
7. Por su parte, el nuevo inciso final propuesto para el artículo 19 N° 24, en primer lugar difiere la solución al problema, pues no implica ninguna opción constitucional actual a favor de la protección de la propiedad indígena sobre recursos naturales, sino que encarga aquella tarea al legislador, de forma – nuevamente reiterativa – pues el mismo artículo 19 N°24 ya reserva la garantía del derecho de propiedad en todas sus clases y con independencia de su titularidad a la ley. Pero además, edifica un curioso marco de referencia para aquella protección legal futura: no debe subordinarse sólo a la Constitución, como lógicamente corresponde, sino también a las leyes. Un “encargo al legislador” que debe desarrollarse de conformidad a las leyes, equivale a establecer la inderogabilidad de las normas que actualmente regulan la materia.

IV. LA CONSULTA

Cabe destacar que a partir de este proyecto de reforma constitucional se convocó a una Consulta Indígena, tal como lo dispone el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, últimamente ciertos comentarios han cuestionado el procedimiento de dicha consulta, considerando que la misma no satisface los estándares ni requisitos exigidos por el propio Convenio.

Como es sabido, el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta de los pueblos indígenas y tribales en relación con cuestiones que les conciernen es la

pieza angular del Convenio N° 169. Por ende, los artículos 6 y 7 referidos a la consulta y participación resultan disposiciones claves del Convenio N° 169 sobre las cuales “reposa la aplicación de las demás disposiciones”. A su vez, las disposiciones sobre consulta y participación deben leerse en forma conjunta con aquellas referidas a las medidas coordinadas y sistemáticas tendientes a implementar los derechos de los pueblos indígenas. En tal sentido, corresponde enfatizar que el objetivo principal de las disposiciones de los artículos 6 y 7 antes referidos es garantizar a los pueblos indígenas su participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos y en procesos que puedan afectarles directamente.

Desde tal perspectiva, una reforma constitucional que tiene por fin reconocer la existencia de los pueblos indígenas y sus derechos, como la presente, es una de las “medidas legislativas o administrativas” que dan lugar a la consulta de acuerdo con el artículo 6 (1) (a) del Convenio. Empero, no cualquier mecanismo que se implemente para dar cumplimiento con la consulta es válido, debiendo cumplir con los requisitos que para tales procesos fija el propio Convenio y que son: a) deben realizarse a través de las instituciones representativas, las que deben ser identificadas por las propias comunidades interesadas; b) apoyando el desarrollo de las instituciones e iniciativas propias de los pueblos indígenas y también, en los casos que sea apropiado, brindando los recursos necesarios; c) con buena fe y recurriendo a un modo adecuado a las circunstancias, por ejemplo otorgando tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera coherente con sus tradiciones culturales y sociales; d) a través de procedimientos adecuados, es decir que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado; e) con miras a lograr un acuerdo o consentimiento; f) con una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta, entre otros.

No cumplir con estos requisitos en el proceso de reforma constitucional en curso, expondría al Estado de Chile a un reclamo ante la OIT por vulneración de lo previsto en los artículos 6 y 7 ya referidos.

CONSIDERACIONES FINALES

Para finalizar, corresponde concluir, que el Proyecto de Reforma constitucional en análisis puede ser considerado como un avance importante en cuanto a constitucionalizar a los pueblos indígenas y sus derechos.

Sin embargo, y en todo caso, los aspectos reseñados como “cuestionables” y otros temas debieran constituir un punto de partida para el presente debate en orden a mejorar esta u otra propuesta.