

*Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente*, en Reforma Constitucional, (Zúñiga Urbina Coordinador), Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2005, pp. 127 – 145

## LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL PENDIENTE

*Miriam Lorena Henríquez Viñas<sup>1</sup>*

**RESUMEN:** El trabajo busca determinar si Chile se ha preocupado por dar respuesta a la cuestión indígena en el ámbito normativo; en su caso, los alcances de sus soluciones; establecer el nivel de avance logrado y determinar las tareas pendientes. Para ello se transitará por distintas alternativas, esto es el reconocimiento en la Constitución, en los tratados internacionales y en la ley.

**ABSTRACT:** The work looks for to determine if Chile gives an answer to the indigenous problem in the legal ordering; in its case, the reaches of its solutions; to establish the level of advance and to determine the pending tasks. For it, we will review the different alternatives, this is the recognition in the Constitution, in international treaties and the law.

### I. DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA CUESTIÓN INDÍGENA EN CHILE.

La llamada “cuestión indígena” se ha planteado en los últimos quince años en Chile como un tema de real importancia, que aunque actualmente controvertido no es nuevo<sup>2</sup>. Los chilenos no indígenas tienen una visión bastante reducida de las dificultades que aquejan a los indígenas, circunscribiéndolos a una situación de seguridad pública, pobreza, falta de oportunidades o escasa integración a la vida moderna. Por su parte, los indígenas no sólo han cuestionado su propia situación de pobreza y marginalidad, sino que también han

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Nacional del Comahue, República Argentina. Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor Auxiliar de Instituciones Políticas Chilenas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de las Américas. Profesor de Derechos Fundamentales, Universidad Nacional Andrés Bello. Email: [miriamhenriquez@yahoo.es](mailto:miriamhenriquez@yahoo.es)

<sup>2</sup> Se ha definido la cuestión indígena como: “(...) La forma abreviada de llamar a los aspectos conflictivos de la relación entre culturas e identidades distintas, complejas y al mismo tiempo interdependientes, que se juegan en dicha relación su continuidad – lo que se predica especialmente de los pueblos indígenas - y la incesante construcción de sus contornos.” PRADO, Maximiliano, La cuestión indígena y las exigencias de su

objeto de las relaciones de dominación de la sociedad latinoamericana basadas en la discriminación racial, en la intolerancia étnica y en la dominación de una cultura sobre las otras. En palabras de José Bengoa: “Los indígenas han cuestionado las bases del Estado Republicano Latinoamericano, construido sobre la idea de un solo pueblo, una sola Nación, un solo Estado<sup>3</sup>.”

La cuestión indígena necesita para su solución una estrategia múltiple y combinada de ambas visiones del mismo problema<sup>4</sup>. En el ámbito político, se requiere el fortalecimiento de los mecanismos autónomos para la toma de decisiones; el robustecimiento de las formas de organización y liderazgos tradicionales; la generación de mecanismos de representatividad a nivel local, regional y nacional; la creación de entes con participación indígena que fomenten, coordinen y dispongan de medios para el etnodesarrollo. En el ámbito económico, se hace necesaria la reformulación de los sistemas tradicionales de cultivos, de los sistemas de aprovechamiento de las aguas; la creación de microempresas; la capacitación técnica y profesional. En el ámbito cultural, imperioso se hace considerar la educación bilingüe y el desarrollo de las manifestaciones culturales propias. En el ámbito normativo, se torna imprescindible el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas, carácter originario, identidad propia, cultura y la propiedad sobre las tierras, entre otras cuestiones.

En relación con el último de los ámbitos reseñados, esto es el normativo, el reconocimiento positivo de los pueblos indígenas y sus derechos, ha logrado distintos niveles de respuesta. Así cabe distinguir, aquellos Estados que:

- Reconocen a nivel constitucional la existencia de los pueblos indígenas, su identidad y cultura propia; con un sistema especial de protección de sus diferencias.
- Reconocen los derechos de los pueblos indígenas mediante la ratificación de tratados internacionales sobre la materia.

---

reconocimiento, en Colección de Investigaciones Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, 3, Santiago, 2003, p. 22.

<sup>3</sup> **BENGOA, José**, Relaciones y arreglos políticos y jurídicos entre los Estados y los pueblos indígenas en América Latina en la última década, en Serie Políticas Sociales, 69, CEPAL, Santiago, 2003, p. 16.

<sup>4</sup> **BESNIER, Enrique**, El desarrollo de los pueblos indígenas, en Pueblo, Tierra y Desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1992, pp. 61 y 62.

- Atienden el conflicto indígena por la vía del reconocimiento implícito de la necesidad del desarrollo de su cultura mediante la dictación de leyes y medidas administrativas.
- Niegan la existencia de los pueblos indígenas o mantienen respecto de ellos una actitud oficial de neutralidad, lo que permite la adopción de decisiones a escala privada.

Así las cosas, el presente trabajo tendrá por objeto conocer si Chile se ha preocupado de dar respuesta a la cuestión indígena en el ámbito normativo; en su caso, los alcances de sus soluciones; establecer el nivel de avance logrado y; finalmente determinar las tareas pendientes para alcanzar un Chile más inclusivo, democrático, participativo y justo en esta materia. Para ello se transitará por las distintas alternativas presentadas, esto es el reconocimiento en la Constitución, en los tratados internacionales y en la ley.

## **II. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.**

### **A. ALCANCES DEL RECONOCIMIENTO.**

La necesidad del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas radica en la obligación de asegurar la existencia y continuidad de estos pueblos y la formación de la identidad de cada uno de sus miembros<sup>5</sup>.

Distintos son los alcances del reconocimiento de la cuestión indígena en las Constituciones. Los aspectos constitucionalizados han ido desde el mínimo e

---

<sup>5</sup> Los fundamentos del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas son para el Profesor Alejandro Silva Bascañán los principios de igualdad y dignidad humanas. Textualmente Silva Bascañán expresa: “Me parece, en fin, 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” **SILVA, Alejandro**, Concepto de Pueblo Indígena, en Pueblo, Tierra y Desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1992, p. 27. Por otra parte, Carlos Peña enuncia distintas razones del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas: “Algunas de ellas derivan de lo que podemos denominar justicia correctiva (es decir, de la idea que hubo daños inmerecidos que deben ser ahora reparados); otras derivan, por su parte, de lo que podemos denominar justicia anamnésica (es decir, razones derivadas de la idea que es necesario completar a cabalidad el relato de lo que somos); en fin, hay todavía razones derivadas de lo que voy a llamar justicia política (las razones, en este caso, derivan de demandas que surgen de principios subyacentes a la actual comunidad política), en **RIBERA, Teodoro**, Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional en Chile. Comentarios de Carlos Peñas, en Serie de Documentos de Trabajo, Centro de Estudios Públicos, 343, Santiago, 2002, p. 32.

imprescindible reconocimiento de la multiculturalidad del Estado hasta el derecho de los indígenas a la educación bilingüe. Entretanto, las Cartas Fundamentales han reconocido por ejemplo a los pueblos indígenas como pueblos originarios y preexistentes; y la propiedad de sus tierras, como recurso material, cultural y soporte político de la existencia de aquellos. Asimismo, las Constituciones han consagrado los derechos a la identidad y cultura propia, el derecho a conservarla, desarrollarla y transmitirla; a la autodeterminación o autogobierno según sus usos y costumbres; a la administración privilegiada sobre los recursos naturales existentes en sus territorios; a la religión ancestral como factor de identificación étnico cultural; a tener formas propias de organización social; a la participación en la política local y nacional mediante la elección de sus propios representantes; a ser consultados cada vez que se promuevan medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos; y a adaptar la justicia a los sistemas indígenas utilizando sus usos y costumbres, entre otros derechos<sup>6</sup>.

Como previamente se mencionó, el reconocimiento de la multiculturalidad del Estado, es el primer paso que los Estados deben dar a fin de asegurar en su seno la supervivencia de los pueblos indígenas, constituyendo también una forma esencial de brindar respuesta a las demandas de los pueblos indígenas. La multiculturalidad, debe ser entendida, como el 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<sup>7</sup>. El reconocimiento de la multiculturalidad supone constatar la existencia de los pueblos indígenas, con una historia y cultura particulares, esto es con identidad propia. Luego, reconocer la legítima pretensión de permanecer, desarrollarse y evolucionar como pueblo. Finalmente, la aceptación y valoración de la diversidad, mediante el reconocimiento de todos los factores anteriores.

---

<sup>6</sup> Según Bengoa: "En general las Constituciones son declarativas y reconocen la multiculturalidad, pero no reconocen explícitamente los derechos de los pueblos indígenas. Incluso la mayor parte de las constituciones se debate entre sostener el carácter unitarista del Estado y el carácter pluriétnico de la sociedad sin resolver la cuestión." **BENGOA, José**, Op. Cit. nota supra N° 3, p. 69.

<sup>7</sup> **CORTINA, Adela**, Ciudadanos del Mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía, Barcelona, 1997, p. 171, citado por **ROJAS, Hugo**, El principio de la multiculturalidad, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001, p. 31.

La multiculturalidad es una característica primordial de la sociedad contemporánea en su conjunto<sup>8</sup>. Chile no puede mantenerse ajeno a este fenómeno, máxime si se considera que se encuentra formado por diversas etnias con identidades y culturas propias.

---

<sup>8</sup> **ROJAS, Hugo**, Op. Cit. nota supra N° 7, p. 31.

## B. RESEÑA DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL CHILENA SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

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 un primer momento se impusieron, tanto en los ensayos constitucionales como en las Constituciones propiamente tales, los principios jurídicos y políticos de la igualdad ante la ley y la unidad del Estado<sup>9</sup>.

Desde el inicio de la vida republicana chilena el tratamiento de los indígenas tuvo como base la política asimilacionista<sup>10</sup>. Muestra de lo afirmado son las distintas disposiciones legales y reglamentarias que se dictaron desde el año 1813 a 1828 y que establecieron una asimilación jurídica entre los indígenas y los demás habitantes del Estado<sup>11</sup>.

Así, en el año 1813, bajo la vigencia del Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, se dictó la primera norma en favor de los indios. En virtud de la misma se reconoció a los indígenas como “habitantes libres de Chile”, con iguales derechos que los demás ciudadanos y con una especial protección respecto de los deslindes de sus propiedades. En 1818 se decretó que respecto de los indios no cabe hacer diferencia alguna, sino denominarlos “chilenos”.

En el marco de la Constitución Provisoria de 1818, el Director Supremo, Bernardo O’Higgins, mediante Bando Supremo de 1819, reconoció a los indígenas como ciudadanos

---

<sup>9</sup> Ver **CASTILLO, Eduardo**, Pueblos indígenas: normas constitucionales y derecho internacional, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Programa de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas, Temuco, 1990, pp. 38 - 41.

<sup>10</sup> Explica Maximiliano Prado que asimilar implica incorporar el grupo minoritario y cultural diverso al grupo cultural dominante, exigiéndole el uso del lenguaje de la mayoría y la conformidad con el grupo mayoritario, con el consiguiente abandono de sus tradiciones y valores propios. La asimilación puede adoptar múltiples patrones, puede imponer medidas coercitivas, como por ejemplo prohibir determinadas prácticas de un grupo cultural o el uso de su idioma o dialecto; la imposición de un tratamiento estrictamente igualitario, que ignore de modo absoluto las diferencias culturales; finalmente puede consistir en un trato diferenciado por parte del Estado, en que la pertenencia al grupo cultural supone una condición disminuida como sujeto de derecho. La asimilación se funda en una serie de premisas no siempre declaradas. En primer lugar, se asume la superioridad de la cultura dominante, caracterizando a los indígenas como seres incapaces de apreciar aquello que mejor les convenga. También a favor de la asimilación se esgrimen como argumentos las leyes de la evolución que habrían determinado la desaparición de los pueblos indígenas. **PRADO, Maximiliano**, Op. Cit. nota supra N° 2, p. 25.

<sup>11</sup> **MONNIER, Paulette**, Implicancias constitucionales de la ley 19.253, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996, p. 23.

chilenos y libres, con igual voz y representación que todos los ciudadanos del Estado y con plena capacidad jurídica.

Por su parte, vigente la Constitución Moralista de 1823, se dictó una disposición por la cual se reconoció en perpetua y segura propiedad todo lo poseído por los indígenas y se fijó un procedimiento para la pública subasta de las tierras restantes<sup>12</sup>.

Fue mientras regía la Constitución de 1828 que se produjo un vuelco en cuanto a la postura asimilacionista antes mencionada. El período que comenzó con esta Constitución se caracterizó por una normativa de prohibiciones, manifestada en la dictación del decreto de 28 de junio de 1830 por el cual se ordenó llevar a efecto la liquidación de los pueblos de indios que aún se mantenían, sacando a remate todos los terrenos sobrantes, de los que el Estado se haría dueño.

Por su parte, bajo la Constitución de 1833, se dictó la ley que creó la Provincia de Arauco, autorizando al Presidente de la República para reglamentar el gobierno de las fronteras y la protección de los indígenas. En virtud de esta disposición se establecieron una serie de decretos que fijaron los procedimientos para la enajenación de terrenos indígenas, estableciendo que toda compra de terrenos a indígenas o de ellos requería la intervención de un funcionario estatal. Se inició así el período proteccionista, estableciendo de alguna forma la incapacidad jurídica del indígena<sup>13</sup>.

Mediante ley de 4 de diciembre de 1866, el Estado de Chile tuvo atribuciones para tratar los terrenos indígenas al sur del Biobío como fiscales, facultando a las autoridades a rematarlos a particulares para su colonización. También se creó la Comisión Radicadora de Indígenas, cuyo objeto fue ubicar a los mapuches en terrenos de su pertenencia, dando lugar a la radicación de la propiedad indígena<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Ibid, p. 21.

<sup>13</sup> Aclaran José Aylwin y Eduardo Castillo: “Esta legislación, de carácter aparentemente protectora de los indígenas, viene a establecer la incapacidad jurídica de los mismos, para la celebración de actos y contratos sobre sus tierras, poniendo término al período de igualdad jurídica instaurado a comienzos de la República.” **AYLWIN, José** y **CASTILLO, Eduardo**, Legislación sobre indígenas en Chile a través de la historia, Documento de Trabajo, 3, Programa de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1990, p. 5.

<sup>14</sup> Expresa Arturo Aylwin: “La ocupación militar de la Araucanía por el ejército chileno en 1881 y el sometimiento definitivo de los mapuches a las autoridades y leyes nacionales, junto con facilitar el camino para la colonización de sus territorios, vino a poner en marcha el proceso de radicación de este pueblo en comunidades o reducciones a través del otorgamiento de los denominados “títulos de merced”. **AYLWIN ARTURO**, Pueblos Indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual, en Serie de Documentos, 1, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/ayl1a.html>

En 1927, entretanto imperaba la Constitución de 1925, se dictó la ley 4.169, que fijó las normas para la división de las comunidades indígenas que tuvieran el título de merced y de radicación como colonos de los indígenas que no conformes con la cuota, eligieren ese estado. En 1930, se dictó la ley 4.802 que creó los Juzgados de Indios, quienes de oficio dividirían comunidades indígenas; y se estableció el procedimiento para su liquidación. En 1961, la ley 14.551 estableció el régimen legal de la propiedad indígena, instaurando normas sobre inembargabilidad de bienes indígenas, prohibición de enajenar, radicación de crédito indígena, exención de impuestos y expropiación de terrenos de comunidades indígenas por el Presidente de la República.

En 1972, se dictó la ley 17.729, que por primera vez en la legislación chilena propuso una definición individual de indígena, creó el Instituto de Desarrollo Indígena, estableció normas sobre educación y fomento cultural e hizo extensible el mecanismo de expropiación contemplado en la ley de reforma agraria para la recuperación de tierras mapuches<sup>15</sup>.

En 1974 comenzó el período de la dictación de los decretos leyes que en su mayoría legislaron modificando o complementando la ley 17.729. El más relevante es el Decreto Ley 2.568 que reguló el proceso de división de comunidades, prohibió la enajenación de hijuelas resultantes de la división por veinte años, autorizó su arriendo, lo que en la práctica derivó en los arriendos por noventa y nueve años.

Finalmente, durante la Constitución Política de 1980 se han dictado una serie de leyes y decretos referidos a la situación legal de los pueblos indígenas, entre ellos la ley 18.842. De este modo, en 1990 se creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas, organismo asesor del Presidente de la República; en 1991 se creó la Comisión de Educación y Cultura Indígena como órgano asesor del Ministerio de Educación; en 1993 se dictó la ley 19.253, llamada “ley indígena”, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, la que será tratada como el aporte legislativo más importante en Chile sobre la materia.

---

<sup>15</sup> Destacan Aylwin y Castillo: “Esta legislación constituye en todo sentido una excepción con respecto a la legislación anteriormente dictada en Chile sobre indígenas, tanto por cuanto viene a poner freno al proceso de despojo de sus tierras ancestrales del cual éstos han sido víctimas, como por cuanto a través de sus normas se reconoce la calidad de los indígenas en forma independiente de su relación con la tierra.” **AYLWIN, José y CASTILLO, Eduardo**, Op. Cit. nota supra N° 13, p. 11.



### C. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS.

En estos últimos veinte años, las Constituciones de los países latinoamericanos han constitucionalizado la multiculturalidad del Estado y han reconocido tanto la existencia de los pueblos indígenas y sus derechos como entes colectivos, como los derechos individuales de los indígenas en cuanto personas a quienes se debe respetar en su diversidad.

Lamentablemente Chile mantiene silencio en el tema, toda vez que ninguna de sus disposiciones constitucionales contempla la diversidad étnica y cultural de la nación chilena ni los derechos de los pueblos indígenas.

Las Constituciones latinoamericanas que consagran explícitamente el principio de multiculturalidad son la Constitución de México, artículo 4; Constitución de Nicaragua, artículo 8; Constitución de Guatemala, artículo 66; Constitución de Bolivia, artículo 1°; Constitución de Colombia de 1991, artículo 7; y la Constitución de Perú de 1993, artículo 2° inciso 19<sup>16</sup>.

Las Constituciones que consagran el reconocimiento de los pueblos indígenas son la Constitución Argentina, artículo 75 N° 17; Constitución de Bolivia, artículo 171; Constitución de Brasil, artículo 231; Constitución de Guatemala, artículo 66; Constitución de México, artículo 4; Constitución de Nicaragua, artículos 8, 89 a 91; Constitución de Paraguay, artículo 62; y Constitución de Perú, artículos 2 N° 19, 48 y 89.

Las Cartas Fundamentales que han consagrado la protección estatal de los pueblos indígenas son la Constitución de Bolivia, artículo 171; la Constitución de Brasil, artículo 231; Constitución de Colombia, artículo 329 y 330; Constitución de Ecuador, artículo 110; Constitución de Guatemala, artículo 66; Constitución de Honduras, artículo 173; Constitución de México, artículo 4; Constitución de Nicaragua, artículos 89 a 91; Constitución de Panamá, artículo 199; y Constitución de Paraguay, artículo 63.

La consagración constitucional de la promoción y desarrollo de los pueblos indígenas está contenida en la Constitución de Colombia, artículo 330; Constitución de Guatemala, artículo 66; Constitución de Honduras, artículo 173; Constitución de México, artículo 4;

Constitución de Nicaragua, artículos 11, 89, 90 y 180; Constitución de Panamá, artículos 122, 123, 199; y Constitución de Paraguay, artículo 63.

Los derechos lingüísticos se encuentran plasmados en la Constitución de Colombia, artículo 10; Constitución de Ecuador, artículo 1º; Constitución de Nicaragua, artículos 11; y Constitución de Perú, artículo 2 N° 19 y 48.

La constitucionalización de la de la protección estatal de los territorios indígenas tiene lugar en la Constitución Argentina, artículo 75 N° 17; Constitución de Bolivia, artículo 171; Constitución de Brasil, artículo 231; Constitución de Colombia, artículo 329 y 330; Constitución de Guatemala, artículo 67 y 68; Constitución de México, artículo 4 y 27; Constitución de Nicaragua, artículos 89 a 91 y 180 y 181; Constitución de Panamá, artículos 122 y 123; Constitución de Paraguay, artículo 63 y 64; y Constitución de Perú, artículo 89.

Dedican un tratamiento jurídico especial de las tierras indígenas la Constitución Argentina, artículo 75 N° 17; Constitución de Brasil, artículo 231; Constitución de Colombia, artículos 286, 310, 329 y 330; Constitución de Guatemala, artículo 67 y 68; Constitución de México, artículo 27; Constitución de Nicaragua, artículos 89, 180 y 181; Constitución de Panamá, artículos 122 y 123; Constitución de Paraguay, artículos 63, 64 y 66; y Constitución de Perú, artículo 89.

Por último, algunas de las Constituciones latinoamericanas mencionadas han consagrado el reconocimiento de las organizaciones sociales indígenas y de las autoridades indígenas, la validez jurídica de las normas consuetudinarias indígenas, la protección constitucional especial en materia laboral y las políticas educacionales especiales para los indígenas.

En fin, es innegable el avance en el reconocimiento, casi generalizado, de la multiculturalidad en las Cartas Fundamentales de los Estados Latinoamericanos, como así también de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, es de esperar que estos reconocimientos no queden en el campo de las meras declaraciones, sino que avancen acompañados de regulaciones legales y de medidas efectivas<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> La clasificación desarrollada se ha basado en el trabajo minucioso de **ROJAS, Hugo**, Op. Cit. nota supra N° 7, pp. 83 -88.

<sup>17</sup> En un sentido similar previene Bengoa: “Nuestro punto de vista comprende en forma positiva estos reconocimientos constitucionales. Han sido la expresión finalmente de la aparición del nuevo actor indígena en las sociedades latinoamericanas. En muchos casos las Constituciones se han visto obligadas a cambiar su

#### D. PROYECTOS DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

Una de las principales demandas de las organizaciones indígenas es el reconocimiento constitucional de su existencia como pueblos y de sus derechos<sup>18</sup>. Varios han sido los intentos por incorporar el reconocimiento de los pueblos indígenas en el texto de la actual Constitución<sup>19</sup>.

El primer proyecto de reforma a la Constitución de 1980 sobre la temática en cuestión fue presentado por el Presidente Aylwin. En virtud de este proyecto se incorporaba al artículo 1º de la Constitución un inciso final que rezaba: “*El Estado velará por una adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena.*”; asimismo, modificaba el artículo 19 N° 22 en el sentido de permitir el establecimiento de franquicias tributarias a favor de las comunidades indígenas; y reformaba el artículo 62 en cuanto a establecer como iniciativa exclusiva del Presidente de la República la promoción de leyes tendientes a la protección jurídica y beneficios o franquicias para el desarrollo de los pueblos indígenas. Fue la expresión “pueblos indígenas”, contemplada en las disposiciones reformadas, la que aparejó conflictos, toda

---

estricta fundamentación unitarista en que no cabía espacio para la diversidad. Sin embargo, como se ha dicho, es preciso ser prudentes, ya que en la mayor parte de los casos, los reconocimientos constitucionales no se han traducido en disposiciones concretas, políticas adecuadas y finalmente mejoramiento de las condiciones de vida de las poblaciones y comunidades indígenas.” **BENGOA, José**, Op. Cit. nota supra N° 3, p. 26.

<sup>18</sup> En contra del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como colectivos sociales, ver Lucas Sierra, quien sostiene: “No estoy en desacuerdo con el reconocimiento: en principio, no me parece irrazonable que haya un reconocimiento público más explícito a la diversidad étnica de la sociedad chilena. Tampoco estoy en desacuerdo que este reconocimiento se haga a nivel constitucional, aún cuando, como dije, a la Constitución de 1980 habría que sacarle contenidos antes que seguir agregándole nuevos. Lo que no me parece es que el reconocimiento se haga a “pueblos” indígenas, ni tampoco que se haga estableciendo o facilitando que se establezcan supuestos “derechos” colectivos. (...) Lo que me preocupa es algo distinto: es la consagración individualizada de colectivos sociales en la Constitución. De prosperar esta iniciativa, entre las personas y el Estado habría ciertos colectivos indígenas, con una determinada potestad normativa (consagrada constitucionalmente) y titulares de ciertos “derechos” colectivos. Esto no es razonable, ya que con seguridad generará tensiones políticas, constitucionales y, también, inamovilidad de recursos. **SIERRA, Lucas**, La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo, en Estudios Públicos, 92, Santiago, 2003, p. 23.

<sup>19</sup> Explica Eduardo Castillo: “Desde hace algunos años la Comisión Chilena de Derechos Humanos ha venido planteando la necesidad de garantizar los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución Política del Estado. Las primeras proposiciones surgieron en el Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24) cuando esta entidad trabajó un texto alternativo a la Constitución de 1980. Por otra parte, las organizaciones indígenas, a partir de los años 80 han incorporado esta materia como una de sus principales reivindicaciones.” **CASTILLO, Eduardo**, Op. Cit. nota supra N° 9, p. 34.

vez que por pueblo indígena se entendió un ente colectivo autónomo ubicado entre los individuos y el Estado, con facultad de autodeterminación<sup>20</sup>.

Como consecuencia del rechazo de la expresión “pueblos indígenas”, el Gobierno de la época decidió sustituir dicha mención simplemente por “indígenas”; sin embargo, esto no bastó para lograr los acuerdos políticos necesarios para la aprobación de la reforma constitucional, la que se archivó el 9 de julio de 1997<sup>21</sup>.

En mayo de 1999, el Ejecutivo solicitó el desarchivo del proyecto mencionado y su nueva tramitación por el Congreso Nacional. La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, en esa oportunidad, acordó incorporar un inciso final al artículo 1° de la Constitución, cuyo texto decía: *“El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes mecanismos de participación en los asuntos que les competen, en iguales términos que a los demás sectores o grupos que conforman la nación chilena.”* Luego del segundo informe de la Comisión de Derechos Humanos, la Cámara de

---

<sup>20</sup> Sobre el particular y para clarificar el punto cabe distinguir entre indígenas, etnias, minorías, pueblos indígenas y comunidades indígenas. “Indígenas”, conforme lo establece el artículo 1° de la Ley 19.253, son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y su cultura. “Etnia”, es aquel grupo social cuya identidad se define por la lengua y cultura comunes, las tradiciones y memoria histórica y el territorio. “Minoría”, es aquel grupo marginado o vulnerable que vive a la sombra de poblaciones mayoritarias cuya ideología cultural es diferente y dominante. Entre las minorías podrían ubicarse a los pueblos indígenas, las minorías territoriales, los inmigrantes, entre otras. “Pueblos indígenas”, son comunidades que teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte 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 como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales. El término “pueblo” sería utilizado en una reforma constitucional para referirse a la obligación del Estado de dar protección y reconocimiento y; “comunidad” cuando se hable de sujetos de garantías y franquicias, evitando relacionarla directamente con el sistema de propiedades. **ROJAS, Hugo**, Op. Cit. nota supra N° 7, p. 12. y **MARTÍNEZ, José**, Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas en Conclusiones, propuestas y recomendaciones, 5, Informe de Naciones Unidas, Nueva York, 1987, p. 30.

<sup>21</sup> Expone Teodoro Ribera: “Al fin, con fecha 13 de agosto de 1992 se firmó un Acuerdo Marco entre el Ejecutivo y los partidos de gobierno con los partidos Renovación Nacional y la Unión Demócrata Independiente en que se concordaron los aspectos que debía contener la Ley Indígena. Además, se acordó, de palabra, su aprobación unánime y acelerada, junto con la congelación del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales y el archivo de la reforma constitucional relativa al reconocimiento constitucional. **RIBERA, Teodoro**, Op. Cit. nota supra N° 5, p. 9.

Diputados votó el proyecto de reforma constitucional, siendo rechazado por no reunir el quórum exigido<sup>22</sup>.

También en el año 1999, el Diputado Francisco Huenchumilla presentó una moción de reforma constitucional, que no alcanzó tramitación en la Cámara de Diputados, que reconocía a los pueblos indígenas y les otorgaba participación política en el Estado.

En el año 2001, la Concertación de Partidos por la Democracia, a través de los senadores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, presentó un proyecto de reforma constitucional que consideraba la cuestión indígena. El proyecto presentado en esta ocasión constaba de tres artículos: “Artículo 1º: Agrégase como inciso final al artículo 1º el siguiente: *“El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la nación chilena”*. Artículo 2º: “Agrégase como inciso final al número 22 del artículo 19 el siguiente: *“La ley podrá también establecer los beneficios o franquicias determinadas a favor de las comunidades indígenas”*. Artículo 3º: “Agrégase al artículo 62, como número 7º nuevo, el siguiente: *“Establecer sistemas de protección jurídica y beneficios o franquicias para el desarrollo de los pueblos indígenas.”*”

Luego de un arduo debate en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, dicha Comisión aprobó un reconocimiento implícito de los pueblos indígenas a través de la mención constitucional de los mismos como objeto de tutela del Estado con un marcado acento en la indivisibilidad de la nación chilena<sup>23</sup>. El texto de la proposición fue el siguiente: “Intercalar en el artículo 1º de la Carta Fundamental, como incisos tercero y cuarto, nuevos, los siguientes *“La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación y declara su especial preocupación por las poblaciones indígenas originarias, a las cuales garantiza su derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad.”*”

Lamentablemente aún cuando la moción fue discutida y votada no logró las mayorías necesarias para su aprobación. De este modo, la reforma constitucional de 2005 no recogió la cuestión indígena, quedando, por ende, pendiente la respuesta del Estado de Chile en este ámbito en el nivel constitucional.

---

<sup>22</sup> Ibid, p. 10.

<sup>23</sup> En el debate se aprobó la redacción propuesta por el senador Larraín, y se acordó con los votos favorables de los senadores Diez, Chadwick, Hamilton y Silva. En contra votó el senador Aburto. Ver Informe sobre la Reforma a la Constitución Política de la República de 1980 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 2001, pp. 29 - 54.

### III. CONTRIBUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL A LA CUESTIÓN INDÍGENA.

Importante ha sido el desarrollo que el Derecho Internacional ha tenido en las últimas décadas respecto de los pueblos indígenas y sus derechos. Testimonio de lo afirmado es la serie de tratados internacionales que versan sobre reivindicaciones indígenas con base en el reconocimiento de su existencia e identidad propia. Al respecto, corresponde recordar el rango constitucional que dichos tratados sobre derechos humanos tienen en el ordenamiento interno por disposición del artículo 5° inciso segundo de la Constitución luego de la reforma constitucional de 1989<sup>24</sup>.

Las declaraciones adoptadas por Chile y vigentes relativas a la cuestión indígena son la Carta de las Naciones Unidas, artículo 1° y 13.1.b; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 3, 7, 17; la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada en 1963, artículo 2.

Los tratados ratificados por Chile y vigentes relativos a la cuestión indígena son la Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, promulgado en Chile en el año 1971, artículo 1°; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, promulgado en Chile en el año 1989, artículo 27; el Pacto Internacional de los Derechos sociales, económicos y culturales, promulgado en Chile en el año 1989, artículo 1.1 y 15; la Convención internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio, ratificado por Chile en 1953, artículo 2; la Convención sobre los derechos del niño, promulgada en Chile en 1990, artículo 30; el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre el Proyecto del Gobierno de Chile denominado "Programa de Promoción y Comunicación para el Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas", suscrito en 1998; y el Convenio Constitutivo del Fondo para el desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe, ratificado por Chile en 1999.

Otros importantes instrumentos internacionales relacionados con los pueblos indígenas son el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas

---

<sup>24</sup> Cfr. **HENRIQUEZ, Miriam**, La jerarquía de la normatividad de protección internacional en Chile, en Revista Iuridica, 3 (5), Colima, 2003, pp. 115 – 132.

y Tribales en Países Independientes, adoptado en Ginebra en 1989<sup>25</sup>; la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, UNESCO, 1978; la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas o Lingüísticas, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1992; las Resoluciones 275 (III) de 1949 y 2.497 (XXIV) de 1969, ambas de las Naciones Unidas; la Resolución 313 (XI) de 24 de julio de 1950 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas; el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, especialmente el artículo 8 letra j); el Capítulo 26 de la Agenda 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992; la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, párrafo 20; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992, preámbulo y artículo 3; el Proyecto de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas dentro del marco de las Naciones Unidas; y el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1997<sup>26</sup>.

Con relación al Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, cabe decir que el Estado de Chile no sólo no lo ha ratificado a la fecha, sino que inclusive se cuestionó su constitucionalidad en virtud de un requerimiento planteado al Tribunal Constitucional con fecha 15 de julio de 2000<sup>27</sup>.

Los requirentes, diputados que representaban más de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara, solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del Convenio alegando vicios de forma y fondo. En su opinión, la inconstitucionalidad de forma procedía por no haber sido aprobado el tratado, en el trámite de aprobación por el Congreso Nacional, en la Cámara de Diputados, con rango de ley orgánica constitucional; y, por vicios de fondo, por contravenir las Bases de la Institucionalidad.

---

<sup>25</sup> Básicamente el Convenio OIT N° 169 versa sobre la protección de los derechos humanos, las instituciones, los bienes, las fuentes laborales, el medio ambiente y las culturas de los pueblos tribales e indígenas en conformidad a los deseos que ellos expresen libremente; como así también sobre la cooperación de los gobiernos en el desarrollo y la ejecución de programas que tiendan al mejoramiento social, cultural y económico de los pueblos; y finalmente, la participación de los pueblos tribales e indígenas en las políticas públicas y en todos los niveles en que se deban adoptar decisiones que les conciernan, como salud, educación, represión de delitos cometidos en contra o por sus miembros, medio ambiente, tierras, entre otros.

<sup>26</sup> Un completo análisis sobre los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional puede encontrarse en **BAZÁN, Víctor**, Los derechos de los pueblos indígenas en clave de derecho interno e internacional, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 2, (1), Santiago, 2004, pp. 64 – 92.

<sup>27</sup> Ver sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 309 de 4 de agosto de 2000.

Respecto de los vicios de fondo, señalaron los autores del requerimiento que uno de los elementos esenciales del Convenio es reconocer a los pueblos indígenas o tribales en países independientes como sujetos jurídicos de derecho público. Dijeron que, según el artículo 1º, el Convenio se aplica a los pueblos tribales y a los pueblos considerados indígenas en países independientes. A estos grupos se le transfieren atribuciones propias de los poderes del Estado, los que restringirán los derechos y libertades de sus propios integrantes. A su vez, señalaron que la Constitución establece que la soberanía reside en la nación y su ejercicio se realiza por el pueblo, a través del plebiscito y de las elecciones periódicas, como también por las autoridades que la propia Constitución establece. Por tal motivo consideraron que el Convenio interpone entre el Estado y los chilenos de origen indígena a los "pueblos indígenas" a quienes se les transfieren atribuciones que implican un claro ejercicio de la soberanía, limitando las competencias de los órganos públicos y los derechos de los nacionales de origen indígena.

Luego, los requirentes expresaron sus fundamentos respecto de la inconstitucionalidad de artículos determinados del Convenio, tales como el 9 y 10, por contravenir el principio de igualdad ante la ley, ante la justicia; artículo 14, por contravenir el artículo 19 N° 24 de la Constitución en lo relativo a la expropiación; artículo 15, por contravenir el artículo 19 N° 24 de la Constitución en lo relativo a la propiedad de las minas; artículo 17 N° 2, por contravenir el artículo 19 N° 24 de la Constitución en lo relativo a que las limitaciones al dominio sólo pueden establecerse por ley.

Con fecha 19 de julio el Tribunal admitió a tramitación el requerimiento y ordenó ponerlo en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, en sus calidades de órganos constitucionales interesados. El Ejecutivo formuló distintas observaciones solicitando que el requerimiento se desechara en todas sus partes. Respecto a la contravención de las Bases de la Institucionalidad, el Presidente de la República señaló que el término "pueblo" sólo es ocupado por el constituyente a propósito del artículo 5º de la Carta Fundamental. Dicha expresión, en la Constitución, está referida al cuerpo electoral. Así lo acredita, fehacientemente, la historia fidedigna del precepto. Sigue el informe afirmando que el artículo 1 N° 3, del Convenio, expresa textualmente: "La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho



término en el derecho internacional". Es evidente que expresamente ha establecido la prohibición, de que el término pueblo se utilice en la forma como plantean los requirentes, es decir, como nación políticamente organizada.

El Tribunal Constitucional resolvió que era necesario determinar el significado que dio el Convenio N° 169 a la expresión "pueblos indígenas". Al respecto y luego de un exhaustivo examen del término tanto en el ámbito de la doctrina, de la jurisprudencia constitucional, de la letra del acuerdo internacional en cuestión y lo anotado en los informes presentados en el presente reclamo, el Tribunal Constitucional concluyó: "Que la expresión "pueblos indígenas", debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, 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. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado" (considerando N° 44)

En suma, el Tribunal Constitucional razonó que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes no es contrario a la Constitución Política de la República ni vulnera los artículos los artículos 1°, 5°, 62 a 72 y 102. Por tal motivo, rechazó el requerimiento en todas y cada una de sus partes.

#### IV. CONTRIBUCIÓN LEGAL A LA CUESTIÓN INDÍGENA.

Las leyes 16.640, 17.729<sup>28</sup> y especialmente la 19.253, esta última llamada "ley indígena"<sup>29</sup>, han venido a plasmar el reconocimiento de los pueblos indígenas y muy tímidamente el principio de la multiculturalidad. Los avances en esta materia están determinados por el derecho que se reconoce a los indígenas a desarrollar sus propias

---

<sup>28</sup> Las leyes 16.640, de reforma agraria, aprobada por el Presidente Eduardo Frei; y 17.729, que estableció normas sobre indígenas y tierras indígenas, aprobada durante el mandato del Presidente Salvador Allende, beneficiaron a los indígenas con el retorno de más de 65.000 hectáreas.

<sup>29</sup> El antecedente de la ley indígena es el Programa de Gobierno que en 1989 elaboró la Concertación de Partidos por la Democracia que presentó ese mismo año el candidato a la presidencia don Patricio Aylwin a los representantes de los diversos grupos autóctonos en Nueva Imperial el 1° de diciembre de 1989, llamándose Acta de Nueva Imperial. En dicha acta se establecieron una serie de compromisos: creación de la

manifestaciones; el reconocimiento, respeto y protección de las culturas indígenas; el deber de escuchar y considerar la opinión indígena; las atribuciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; y la validez del derecho consuetudinario indígena<sup>30</sup>.

La ley indígena reconoce la existencia en Chile de una pluralidad de etnias indígenas, cuyos miembros son descendientes de agrupaciones humanas que han existido en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan hasta hoy manifestaciones étnicas y culturales propias y cuyo fundamento principal de su existencia y cultura es la tierra<sup>31</sup>. Así, el artículo 1º de la ley reconoce como etnias indígenas la mapuche, aimará, pascuense, atacameños, quechuas y collas, alacalufe y yamaná. Todas sobrevivientes de los primeros habitantes de Chile. Cabe apuntar que la ley indígena no sólo estableció cuáles son las etnias indígenas, sino también los individuos que serán considerados indígenas a los efectos de la ley y los efectos del reconocimiento de dicha calidad (artículos 2 a 6)

Por otra parte, en materia de derechos, la ley indígena no reconoce el derecho político a la autodeterminación de los pueblos indígenas, incluso para evitar cualquier equívoco al respecto, el legislador evitó hablar de pueblos indígenas prefiriendo la expresión “etnias indígenas”, o más simplemente, la voz “indígena”<sup>32</sup>. Los únicos derechos políticos reconocidos en esta ley son el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cuando los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial traten temas de injerencia o relación con cuestiones indígenas (artículo 34); además el derecho a estar representados a través de sus organizaciones en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios en aquellas regiones o comunas con alta densidad de población indígena; y la participación de las comunidades indígenas existentes en las áreas silvestres protegidas por el Estado en la administración de las mismas (artículo 35).

---

CONADI; reconocimiento constitucional de las minorías étnicas; ratificación del Convenio OIT N° 169; y promulgación de una nueva ley indígena.

<sup>30</sup> Cfr. **BENGOA, José**, Las tierras indígenas en la legislación chilena, en Pueblo, Tierra y Desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1992, pp. 41 – 49.

<sup>31</sup> **ANDUEZA, Pablo**, La nueva ley indígena chilena. Historia, contexto internacional y análisis normativo, en Revista de Ciencias Sociales, 42, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Edeval, Valparaíso, 1997, p. 238.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, p. 242.

A su vez, la ley distingue dos tipos de organizaciones indígenas destinadas a promover los derechos colectivos de los pueblos indígenas: la comunidad y la asociación indígenas<sup>33</sup>.

La ley 19.253 regula pormenorizadamente lo relativo a las tierras indígenas (artículos 12 a 19), para lo cual reconoce la existencia de tierras que se denominan indígenas y detalla cuáles son; establece un régimen tributario y registral especial; dispone limitaciones a las atribuciones del dominio; y las sustrae del régimen de la indivisión del Código Civil, a fin de favorecer su propiedad comunitaria.

Con respecto a los derechos culturales, la ley establece que el Estado chileno es el principal responsable de promover las culturas indígenas (artículos 7). Los pueblos indígenas tienen el derecho a mantener y desarrollar su cultura, siempre que no sea contrario a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. El reconocimiento del mencionado derecho colectivo trae aparejado una serie de consecuencias para el Derecho Penal, Procesal y Civil (a modo de ejemplo, la costumbre indígena puede constituirse en una eximente o atenuante de responsabilidad). Las consecuencias también se dejan ver en el ámbito educacional, mediante programas de becas indígenas y la educación intercultural bilingüe.

Finalmente, la ley considera el establecimiento de una Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) como entidad encargada de promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado en favor del desarrollo integral económico, social y cultural de las personas y comunidades indígenas, cuyo órgano superior, es el Consejo Nacional.

---

<sup>33</sup> La primera, según el artículo 9, es: "(...) toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: a) Provengan de un mismo tronco familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) Provengan de un mismo poblado antiguo." La asociación indígena es definida por el artículo 36 de la siguiente forma: "Se entiende por Asociación Indígena la agrupación voluntaria y funcional integrada por, a lo menos, veinticinco indígenas que se constituyen en función de algún interés y objetivo común de acuerdo a las disposiciones de este párrafo. Las asociaciones indígenas no podrán atribuirse la representación de las Comunidades Indígenas."

## V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENDIENTE Y LA CONSECUENTE NECESIDAD DE REINTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.

Indiscutiblemente, Chile ha consagrado el reconocimiento de los pueblos indígenas en el ámbito legal; sin embargo, sólo de modo incipiente ha asumido compromisos internacionales en la materia y no se han logrado los consensos para plasmar en la Constitución los distintos aspectos de la cuestión indígena.

La falta de reconocimiento de los pueblos indígenas en el ámbito constitucional chileno obligará a reinterpretar las disposiciones constitucionales en favor de aquellos. De esta forma y en relación con el artículo 1 inciso 3° de la Constitución, el Estado deberá a través de sus instituciones, respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, sus familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.

Por otro lado y considerando el principio de servicialidad del Estado previsto en el artículo 1° inciso cuarto de la Constitución, al Estado chileno le incumbirá contribuir a proteger su existencia individual y colectiva; preservar su identidad étnica, religiosa, lingüística; y fomentar las condiciones para la promoción de esa identidad. También, el Estado deberá dar las garantías para que los indígenas participen efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública, tanto a nivel local como nacional.

En el punto esencial de la soberanía, el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas dentro de la comunidad chilena debe ser entendida compatible con la afirmación constitucional que ningún sector del pueblo o individuo puede atribuirse el ejercicio de la soberanía, puesto que la palabra “pueblo indígena” no debe atribuírsele el concepto que a pueblo se le confiere en Derecho Internacional. Por su parte, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, límite al ejercicio de la soberanía, pueden ser reconocidos tanto a las personas consideradas individualmente, los indígenas, como formando parte de entes colectivos, es decir los pueblos indígenas.

Asimismo, la igualdad ante la ley reconocida por la Constitución en el artículo 19 N° 2, no debe entenderse sólo en el sentido de no discriminación arbitraria, sino más amplia y equilibradamente, esto es como igualdad de oportunidades y respeto a los indígenas y sus

pueblos en sus particularidades históricas y culturales. De este modo, el imperativo hoy no es sólo remover cualquier forma de desigualdad social o económica, sino también evitar la degradación y el desprecio por la diferencia.

## **VI. CONCLUSIONES.**

La multiculturalidad debe ser considerada como un principio, por tanto, el reconocimiento de los diferentes pueblos que constituyen las sociedades multiculturales es un imperativo de justicia. Chile no puede mantenerse al margen del principio de multiculturalidad, máxime si se considera que se encuentra formado por diversas etnias con identidades y culturas propias, lo que en ningún caso es atentatorio contra la unidad nacional.

En el nivel legal, la ley 19.253, es el aporte legislativo más trascendental en Chile en cuanto a la protección, fomento y desarrollo de los indígenas.

En el nivel internacional, los tratados internacionales que ha ratificado Chile son varios; empero no se ha ratificado el instrumento jurídico internacional más relevante en torno al reconocimiento y protección de derechos indígenas, esto es el Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

La reforma constitucional de 2005 ha dejado pendiente el reconocimiento constitucional planteado, esto es la multiculturalidad del Estado chileno, la identidad propia de los pueblos indígenas, el derecho a sus tierras, el derecho a su cultura, creencias religiosas y lengua.

La solución adecuada a la cuestión indígena en el plano normativo es un reconocimiento integral, o sea tanto en el nivel legal, internacional y constitucional. Chile sólo ha alcanzado a avanzar en el primero de dichos niveles.

Finalmente, corresponde concluir, que en Chile se hace cada vez más patente que el afianzamiento de una democracia plena requiere del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, su perdurabilidad y su identidad cultural.