

RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

- El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en la nueva Constitución debe realizarse desde la unidad de la nación y del Estado.
- El texto de propuesta de nueva Constitución que redactará la Convención Constitucional debe reconocer y valorar los distintos pueblos y culturas existentes en nuestra Nación. Toda disposición que promueva su aislamiento, ya sea por razones identitarias y etnocéntricas, debiera quedar marginada de nuestra carta fundamental.
- La constitucionalización del concepto de plurinacionalidad, entendido como “la existencia de varias naciones dentro de un Estado”, tiene implicancias graves, ya que significa destruir o desmembrar la nacionalidad chilena, quitándole parte de sus integrantes y elementos culturales que la componen, socavando así la identidad nacional. Además, implica generar estructuras autonómicas que no favorecen la actualización del bien común.
- Es inconveniente que se constitucionalice un reconocimiento de pueblos indígenas que expresamente indique que el Estado ha vulnerado sistemáticamente los derechos humanos de estos pueblos, ya que esto genera mayores conflictos sociales, abre riesgos de litigios internacionales donde el Estado ya habría reconocido su responsabilidad y además establece una norma constitucional que impide la libertad de expresión sobre una cuestión que requiere estudios históricos detallados caso a caso.

Chile se constituye en base al asentamiento en un mismo territorio de comunidades indígenas y no indígenas, producto del desplazamiento en el tiempo de personas que emigraron desde otros territorios del continente, así como también desde distintos países. Chile no puede ser comprendido sin asumir esta realidad demográfica y cultural. En efecto, desde el inicio de la República los indígenas han sido considerados como parte integrante del país, tanto en lo cultural, como en la ascendencia de la propia existencia como nación.

En el marco legal, “nuestra legislación republicana reconoce tempranamente a los pueblos indígenas como un sujeto de derecho, al regular profusamente los actos y contratos que podían celebrarse respecto de las tierras”ⁱ, atendiendo las circunstancias históricas de la época.

UNIDAD NACIONAL Y RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Nuestra tradición invariablemente se ha referido a la indivisibilidad de la nación chilena. En efecto, el primer título de la Constitución de 1822ⁱⁱ se denomina “de la Nación Chilena y de los Chilenos”, siendo su capítulo I “de la Nación Chilena”. De esta forma, el primer artículo de la Constitución indica que “la Nación Chilena es la unión de todos los chilenos: en ella reside esencialmente la soberanía, cuyo ejercicio delega conforme a esta Constitución” (art. 1). En el mismo sentido, la Constitución de 1823ⁱⁱⁱ también denomina de la misma forma su primer título, en el cual indica inmediatamente que “el Estado de Chile es uno e indivisible; la representación nacional es solidariamente por toda la República” (art. 1). La Constitución Política de la República de Chile de 1833^{iv}, en su texto original, indica que “la República de Chile es una e indivisible” (art. 3) y que “la soberanía reside esencialmente en la Nación, que delega su ejercicio en las autoridades que establece esta Constitución” (art. 4). La Constitución de 1925^v, en su versión original tiene un capítulo I denominado “Estado, Gobierno y Soberanía”, donde se indica que “el Estado de Chile es unitario” (art. 1) y que “la soberanía reside esencialmente en la Nación, la cual delega su ejercicio en las autoridades que esta Constitución establece” (art. 2). La Constitución de 1980^{vi}, en su texto original -que se mantiene vigente en la materia-, tiene un capítulo I sobre Bases de la Institucionalidad, donde el inciso cuarto define el rol del Estado en relación al bien común. En dicha definición se refiere “a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional” (art. 1, inciso cuarto) y se establece como deber del Estado “promover la integración armónica de todos los sectores de la nación” (art. 1, inciso final). A continuación, el texto vigente añade que “la soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y también por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (art. 5). Esta semblanza histórica muestra la íntima conexión entre el concepto de nación y el ejercicio de la soberanía.

En este sentido, cabe destacar el estudio desarrollado por el Centro de Estudios Interculturales e Indígenas^{vii}, el cual muestra que, al 1 marzo de 2021, el 53% de los encuestados se inclina por declarar a Chile un Estado multicultural, donde conviven distintas culturas; un 28% se inclina por declarar a Chile como un solo Estado-Nación, sin distinciones; y sólo un 17% de los encuestados se inclina por la idea de constitucionalizar la plurinacionalidad en el reconocimiento de los pueblos indígenas.

El actual proceso constituyente chileno se encuentra en la etapa de redactar “una propuesta de texto de Nueva Constitución” por parte de la Convención Constitucional (art. 137 de la Constitución, en adelante, CPR). Esta propuesta de texto deberá ser aprobada o rechazada por los chilenos en el Plebiscito Constitucional (art. 142 de la CPR). Por ello, el desafío de la Convención es redactar un texto que convoque a todos los habitantes de Chile bajo conceptos integradores y no excluyentes. En este sentido, consideramos fundamental que la Convención reafirme que la nación chilena es una sola, y que ésta se encuentra compuesta por todo tipo de chilenos, reconociendo así sus diferencias culturales, no sólo pensando en los distintos pueblos indígenas reconocidos en nuestra legislación, sino también en los migrantes que siguen llegando a nuestro país. Las diferencias dentro de la nación son de índole histórico-cultural, más que diferencias de nacionalidades que se traduzcan en autonomías territoriales e institucionales.

Para comprender cabalmente la importancia de la unidad de la nación chilena es necesario distinguir conceptos que hoy se encuentran mezclados y por tanto, confundidos. Se trata de la nación en sentido jurídico y la nación en sentido cultural. El concepto de nación en sentido jurídico ha sido legado por el abate Emmanuel Sieyès y corresponde a “aquel conjunto de individuos que residen de forma estable en un territorio, sometidos todos ellos al mismo ordenamiento jurídico”^{viii}, mientras que el concepto de soberanía correspondería a “la capacidad originaria de establecer mandatos obligatorios para todos, es decir, la capacidad originaria de crear derecho”^{ix}, entendiendo así que la democracia consiste en “que los titulares de dicha soberanía son los ciudadanos”^x. En cambio, la nación en sentido cultural, “es el sentimiento de pertenencia a una misma comunidad, experimentado por un conjunto de personas que habitan de forma estable en un territorio, debido a que creen compartir ciertos rasgos comunes que afectan de forma determinante a su personalidad”^{xi}.

Es por ello que afirmamos la importancia de evitar que el reconocimiento de los pueblos indígenas devenga en un Estado plurinacional, ya que implica constitucionalizar un concepto de nación en sentido cultural, que no es útil para el ámbito del derecho, ya que sus elementos son del todo difusos y además, implica traspasar a los pueblos indígenas características soberanas que en el constitucionalismo latinoamericano son llamadas “autonomías”, donde siempre se advierte una gran tensión entre la regulación constitucional y la autonomía política, económica y jurídica indígena.

La propuesta de texto de Nueva Constitución que redactará la Convención Constitucional debe, a nuestro juicio, reconocer y valorar los distintos pueblos y

culturas existentes en nuestra nación. Toda disposición que promueva su aislamiento ya sea por razones identitarias y etnocéntricas debe quedar marginada de nuestra carta fundamental. Lo anterior, sin perjuicio de reconocer las particularidades y diferencias que los pueblos indígenas aportan a la nación. Por estas consideraciones, sostenemos que la unidad de la nación chilena es la base y corazón de este documento y debe ser el principio rector para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

PLURINACIONALIDAD

La plurinacionalidad se define como “la existencia de varias naciones dentro de un Estado”^{xii} y tiene un desarrollo importante en el constitucionalismo de Bolivia y Ecuador. En Latinoamérica, el reconocimiento de las naciones indígenas a nivel constitucional ha tenido la adopción de un Estado plurinacional, el reconocimiento de autodeterminación política, económica, administrativa y jurisdiccional, siempre acompañado de territorios autónomos donde se ejercen estos nuevos poderes públicos, tanto sobre miembros indígenas, como no indígenas. Todo lo anterior aplica para cada nación indígena, la cual además gozará de prerrogativas especiales en relación con los recursos naturales presentes en su territorio. Junto con lo anterior, las exigencias de transparencia y probidad se relativizan, a pesar de que las autoridades indígenas pasan a administrar importantes recursos públicos, al punto de que la Constitución de Bolivia señala expresamente que la democracia representativa (donde el voto es “universal, directo y secreto”, art. 11, II, N°2 de la Constitución de Bolivia) no se aplica a las naciones indígenas, sino que se aplica la democracia comunitaria (que se ejerce mediante “la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos”, art. 11, II, N°3 de la Constitución de Bolivia). Todo lo anterior es consecuencia de la autonomía sobre la que el constitucionalismo andino ha entendido el concepto de plurinacionalidad y nación indígena u originaria.

Estas formas de autonomías afectan la unidad de la nación y del Estado, al generar una política identitaria excluyente, pero que a la vez exige al Estado hacerse cargo del financiamiento de las prerrogativas de los pueblos que gozan de dicha autonomía. Además, la experiencia comparada latinoamericana nos muestra que la existencia de varias naciones dentro de un Estado no garantiza el éxito de políticas públicas con un enfoque plurinacional. Muy por el contrario, los autores^{xiii} han señalado que las autonomías indígenas del Estado plurinacional corren el riesgo de aislar a los pueblos indígenas, en vez de contribuir a una relación equitativa de respeto, intercambio y aprendizaje mutuo entre culturas.

El concepto de plurinacionalidad tiene implicancias graves, ya que significa destruir o desmembrar la nacionalidad chilena, quitándole parte de sus integrantes y elementos culturales que la componen, socavando así la identidad nacional. Por otro lado, el reconocimiento de la nacionalidad de los pueblos indígenas puede generar problemas en el marco del derecho internacional debido a la consecuente soberanía que implica, así como problemas en relación a pueblos transfronterizos, como es el caso, por ejemplo, del pueblo Mapuche y Aymara, cuyos integrantes viven en Chile, Argentina y Bolivia, generando inciertos efectos migratorios, sociales e impacto en las políticas públicas.

Quienes quieran promover la plurinacionalidad y el reconocimiento de instituciones políticas, de gobierno, de jurisdicción y económicas autónomas indígenas, deben hacerse cargo de una serie de concreciones administrativas, contables, probidad, transparencia, igualdad, de producción jurídica y de respeto a los derechos fundamentales. Así se abren una serie de interrogantes que deben ser respondidas por quienes aboguen por ellas, a saber ¿Cómo se eligen las autoridades indígenas? ¿Mediante elección democrática -transparente, padrón auditado, garantizando la participación de todos los miembros- o los principios electorales son de libre elección de las autoridades de los pueblos indígenas? ¿Cómo participan los indígenas que no viven al interior del pueblo indígena? ¿El pueblo indígena tiene el derecho de aceptar o excluir a una persona? ¿Se reconoce un territorio como “preferente” o “exclusivo” de algún pueblo indígena? Si se reconoce un territorio especial indígena, ¿Cómo se resguardan los derechos fundamentales de los habitantes no indígenas de dicha zona? ¿Cómo se crean nuevas instituciones políticas en su interior? En caso de que el gobierno indígena reciba financiamiento público, ¿La administración de estos recursos se sujeta a las reglas comunes de transparencia y declaración de intereses o éstas no aplican? Además, se suele plantear que las instituciones indígenas que se deben reconocer -e incluso, fomentar y fortalecer- no son sólo las ancestrales, sino también las instituciones modernas y las que a futuro puedan diseñar. Atendiendo que hay pueblos cuya población está mayoritariamente en un territorio ajeno al “ancestral”, ¿Cómo participan de estas instituciones? ¿Cómo interactúa y cuál es la jerarquía entre la autoridad política indígena y el alcalde, gobernador o Presidente de la República? ¿Cómo se financian todas las instituciones indígenas que cree cada pueblo? ¿Hay un límite a la creación y financiamiento de instituciones indígenas? ¿Cuántas autoridades políticas, administrativas, legislativas y jurisdiccionales puede tener cada pueblo indígena? En caso de reconocerse la autonomía jurisdiccional, ¿Cómo se financian los tribunales indígenas? ¿Cómo se ejerce el derecho a la doble instancia? ¿La revisión por parte de la Corte de Apelaciones y Corte Suprema es incompatible con el derecho a las instituciones propias y su autonomía? ¿Cómo se

asegura la elección transparente e imparcialidad del juez indígena que conoce y resuelve conflictos de su propio pueblo, el cual puede ser de pocos miembros? ¿Establecer tribunales dentro del poder judicial que vean exclusivamente cuestiones indígenas es incompatible con el derecho a regirse por instituciones propias? ¿La jurisdicción indígena alcanza materias civiles y penales? ¿La persona indígena está obligada a recurrir a la justicia indígena en primera instancia o puede elegir? ¿Las sanciones penales pueden aplicarse según sus costumbres, valores y normas, independiente del Código Penal? ¿Pueden establecer un sistema carcelario propio? ¿Cuánta autonomía implican las propias instituciones económicas dentro del pueblo indígena? ¿Puede regularse o desregularse el derecho de propiedad mueble o inmueble? ¿Pueden las autoridades indígenas establecer otro curso de moneda legal? ¿Pueden las autoridades indígenas regular las relaciones laborales en forma distinta al régimen común? ¿Pueden establecer un sistema de pensiones propio? ¿Pueden impedir la inversión privada al interior del pueblo indígena?

CONCEPTO DE PUEBLOS ORIGINARIOS VS. PUEBLOS INDÍGENAS

Consideramos que el término correcto para plantear un reconocimiento constitucional que convoque a todos los chilenos debe realizarse en base al concepto de pueblos indígenas y no sobre la idea de pueblos originarios, en primer lugar, porque todo el sistema internacional se refiere siempre a pueblos indígenas a modo de ejemplo encontramos el Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes; la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2016; y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2017.

Desde otro punto de vista, el concepto de pueblos originarios es una categoría que fija la idea que representa en sólo un aspecto, a saber, la preexistencia de comunidades en un territorio que luego es ocupado por otra comunidad. Bajo el prisma de la historia, este concepto excluye a la migración y el contacto entre distintas culturas como una cuestión natural en el desarrollo de la humanidad, independiente de los grados de conflicto con que ésta se desarrolla. En efecto, ninguno de los actuales “pueblos originarios” del mundo es realmente originario, pues al asentarse en un territorio, dichas entidades desplazan o absorben a otros pueblos que antes habitaban dicha zona. La determinación temporal que el concepto lleva en sí mismo es problemática por ser arbitraria. De esta forma, el concepto “pueblos originarios” lleva una carga ideológica que es capitalizada en la narrativa política por aquellos que instrumentalizan el tema indígena.

Consideramos que se debe impulsar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, dado que en su definición más clásica se refiere a la población de un lugar determinado que comparte cultura, lengua y tradiciones. Con esto, se supera toda discusión ideológica que el concepto de pueblos originarios conlleva.

DEUDA HISTÓRICA DEL ESTADO COMO FUNDAMENTO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

La presidenta de la Convención Constitucional, Elisa Loncón, ha señalado que la nueva Constitución tiene que “hacerse cargo de la violación sistemática de los derechos humanos que se ha ejercido con las naciones originarias, si no empezamos por ahí no vamos a lograr profundizar la dimensión de los derechos colectivos e individuales de las naciones originarias. También, para que exista reparación por la vulneración de derechos (...) hemos tenido experiencias de reparación de derechos con la dictadura, pero los pueblos originarios no hemos tenido eso”^{xiv}.

Consideramos que un planteamiento de esa naturaleza puede llegar a tener implicancias significativas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, exponiendo al país a litigios perdidos de antemano que impongan sanciones, compensaciones especiales o nuevas obligaciones, en atención al reconocimiento expreso de responsabilidad del Estado.

Por otro lado, las eventuales injusticias que indígenas o grupos indígenas puedan haber sufrido en el pasado es una cuestión que debe determinarse caso a caso y que requiere de mayor investigación y estudios para casos concretos. Por ello, zanjar el asunto en abstracto y a nivel constitucional podría tener serios impactos en cuanto a la libertad de cátedra, libertad de expresión y libertad de enseñanza.

Preocupa el intento por institucionalizar, al más alto nivel, una interpretación de la historia de Chile, donde los pueblos indígenas han sido sistemáticamente oprimidos por el Estado. El peligro práctico de esto es que las eventuales prestaciones, consideraciones y obligaciones que el Estado tenga con los pueblos indígenas, tendrán su fundamento en la “deuda histórica” y no en una especial promoción de grupos que se han visto rezagados en su desarrollo cultural, social y económico.

Por ello, no es apropiado utilizar como fundamento del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas el concepto de deuda histórica y más que hablar de reparar, sostenemos los conceptos de promover, fomentar y focalizar para alcanzar su pleno desarrollo. Por ejemplo, se ha visto que la medida australiana “*closing the gap*” ha tenido éxitos, principalmente porque se basa en que se logran

mejores resultados cuando los indígenas “tienen una verdadera voz en el diseño y la ejecución de las políticas, programas y servicios que les afectan”^{xv}. En Canadá se ha implementado una forma de administración conjunta con los pueblos indígenas de ciertos parques nacionales, y EE.UU. es conocido por permitir en forma más libre la industria de los casinos bajo administración indígena, en sus tierras. De esta forma, la experiencia comparada puede plantear diversas soluciones para fomentar el desarrollo de los pueblos indígenas.

Hay que destacar que Chile está frente a una oportunidad histórica de reconocer en su Constitución a los pueblos indígenas, de establecer las bases de una nueva y moderna institucionalidad dentro de un marco de unidad nacional y de valorar los aportes culturales de los diferentes pueblos como parte esencial de nuestra nación.

ⁱ DONOSO Sebastián y PALACIOS Camila (2018): *Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate*. Centro de Políticas Públicas UC. P. 3.

ⁱⁱ Constitución de Chile (1822). Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1005168>

ⁱⁱⁱ Constitución de Chile (1823). Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1005202>

^{iv} Constitución de Chile (1833). Disponible en:

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=137535&idVersion=1833-05-25>

^v Constitución de Chile (1925). Disponible en:

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=131386&idVersion=1925-09-18>

^{vi} Constitución de Chile (1980). Disponible en:

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=7129&idVersion=1980-08-11>

^{vii} Centro de Estudios Interculturales e Indígenas (2021): “*estudio de opinión pública, pueblos originarios y nueva constitución*”. P.10. Disponible en: <http://www.ciir.cl/ciir.cl/wp-content/uploads/2021/03/Estudio-de-Opinion-Marzo-2021-1.pdf>.

^{viii} CARRERAS SIERRA, Francesc de (2006): “*El término nación española en su contexto constitucional*”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, vol. 40. P. 11.

^{ix} Ibid.

^x Ibid.

^{xi} Ibid. P. 12.

^{xii} Cruz Rodríguez, Edwin. (2013): “*Estado plurinacional, interculturalidad y autonomía indígena: Una reflexión sobre los casos de Bolivia y Ecuador*”, Revista VIA IURIS, núm. 14. P. 58.

^{xiii} TAPIA, Luis (2007): “*Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*”, OSAL CLACSO, vol. 22. P. 60; RAMÓN, Galo (2009): “*¿Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?*”, en ACOSTA, Alberto y MARTINEZ, Esperanza (eds.), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad* (Santiago, Editorial Universidad Bolivariana). P. 125.

^{xiv} Elisa Loncón en “*Seminario virtual aportes a la discusión constitucional: pueblos indígenas*” del Centro de Estudios Políticos UC. Minuto 42:52-43:57. Disponible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=T6NBKerhNDs>

^{xv} <https://www.closingthegap.gov.au/>