



Pueblos Indígenas y Nueva Constitución en Chile

José Aylwin*



OBSERVATORIO
CIUDADANO

contexto+

Índice

3	Presentación
5	I Contextualización
	1. Antecedentes generales
	2. Marco normativo sobre derechos de pueblos indígenas en Chile.
21	II Proceso constituyente en Chile y demandas de pueblos indígenas
29	III Fundamentos de la participación de pueblos indígenas en los procesos constituyentes
	1. Fundamentos normativos internacionales de derechos humanos
	2. Fundamentos políticos
42	IV Experiencias comparadas de participación de pueblos indígenas y reconocimiento de sus derechos en las constituciones de América Latina
	1. Derechos de pueblos indígenas en los textos constitucionales de América Latina
	2. Participación indígena en los procesos constituyentes
55	Reflexiones finales
60	Referencias

* José Aylwin: Coordinador del Programa de Globalización y Derechos Humanos, Observatorio Ciudadano

Presentación*

Hasta el llamado "estallido social" del 18 de octubre de 2019, la agenda sobre un Proceso Constituyente, incluyendo aquella referida a los derechos de los pueblos indígenas, se encontraba paralizada. Dicha situación hacía muy complejo el avance en la generación de transformaciones constitucionales y legislativas que permitiera avanzar en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Tras el estallido social, se hizo evidente la profunda crisis política que atraviesa Chile, caracterizada por la pérdida de confianza en las instituciones del Estado, la exclusión de importantes sectores, incluyendo los pueblos indígenas, de los espacios de toma de decisión, la desprotección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que había resultado en una enorme brecha económica y social entre la población, entre otras realidades. Al centro de esa pérdida de credibilidad está la actual Constitución Política vigente, la que mantiene desde la perspectiva de derechos humanos, como lo han señalado diversos organismos internacionales, adolece de serias deficiencias en materia de participación política, igualdad y no discriminación, reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, y por lo mismo dificulta la convivencia y desarrollo democrático en el país. Esta asimetría en la distribución del poder y en las consecuencias que ello conlleva, se expresa de manera acentuada con relación a los pueblos indígenas.

* Hernando Silva Neriz, Co Director Observatorio Ciudadano.

El estallido social y la realidad antes descrita dieron origen al "Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución" suscrito por la mayor parte de los actores políticos, Acuerdo que establece un itinerario para el desarrollo de un proceso constituyente para la elaboración de una nueva carta fundamental, circunstancia que fue ratificada categóricamente por la ciudadanía en el Plebiscito del pasado 25 de octubre a través del cual la ciudadanía estableció que la nueva Constitución será elaborada por una Convención Constitucional, íntegramente integrada por ciudadanos electos para estos efectos. Frente a ello es importante relevar que la demanda por la participación de los pueblos indígenas, así como también de otros sectores excluidos en el órgano encargado de elaborar la nueva constitución ha sido uno de los temas centrales del debate social y político en los últimos meses, lo que ha derivado que tras un arduo debate legislativo, por primera vez en la historia de Chile, asegurará la participación efectiva de los pueblos indígenas a través de escaños reservados. Asumiendo que la necesidad de que los pueblos indígenas estén representados adecuadamente en el órgano constituyente, no solo se adecua a los estándares internacionales de derechos humanos y a las tendencias comparadas del constitucionalismo latinoamericano, sino que resulta fundamental para asegurar que su existencia y derechos colectivos e individuales sean reconocidos en la nueva carta fundamental.

Es desde esa perspectiva que el Observatorio Ciudadano, en alianza con la Plataforma Contexto y con apoyo de la Fundación Ford, elaboró el presente documento que busca ser una herramienta que sirva para nutrir el debate sobre los fundamentos de la importancia de la participación de los pueblos indígenas en el debate constituyente, tanto sobre la base de sus fundamentos de derechos humanos, como considerando las experiencias internacionales con miras a poner a disposición contenidos sustantivos a ser considerados por los pueblos indígenas chilenos en el proceso de elaboración de la Nueva Constitución.

Contextualización

I



Antecedentes generales

1

Según el Censo de Población de 2017 elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE, 2017), un total de 2.158.792 personas, que representan un 12,8% de la población total del país, se reconoce como perteneciente a un pueblo indígena en Chile. De ellos 1.754.147 personas se reconoció como mapuche (correspondiente al 79,8% de la población indígena y al 9,9% de la población total del país), seguidos por aimaras (156.754 personas), diaguitas (88.474 personas), quechuas (33.868 personas) y atacameños o licán antai (30.369 personas), rapa nui (9.399 personas), y los australes pueblos kawésqar (con 3.448 personas), y yagán o yámana (1.600 personas).¹ La significativa demografía indígena constatada en los censos de población determinan que Chile sea luego de los países mesoamericanos y andinos el de mayor demografía indígena proporcional a su población (Comisión Económica para América Latina, 2014). Esta realidad, junto a la emergencia en las últimas décadas de un fuerte proceso organizativo de sus distintos pueblos y su creciente movilización en demanda por sus derechos amenazados en el contexto de la expansión de un modelo económico extractivo promovido desde el Estado, con graves impactos en sus territorios de ocupación tradicional, ha venido a visibilizar una realidad hasta ahora negada desde la conformación de la república a comienzos del Siglo XIX; el que Chile es un país compuesto por una diversidad de pueblos.

1 Según el cuestionario del Censo, la pregunta realizada fue: ¿Se considera perteneciente a algún pueblo indígena u originario? (Sección D. Datos de las personas, pregunta núm. 16). A diferencia del Censo de Población de 2002, que determinó una población de 692.192 personas indígenas, equivalentes al 4,6% de la población total del país, el Censo de 2017 se basó en el criterio de la auto identificación contenido en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

En efecto, como lo señala la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (CVHNT), el Estado entonces conformado fue un proyecto deliberadamente orientado por las élites a la conformación de la nación chilena, excluyendo aquellas la diversidad representada por los pueblos indígenas,

El proceso de conformación del Estado - Nación chileno, supuso un intento sistemático y deliberado por asimilar a los Pueblos Indígenas: fue el intento de las élites del siglo XIX por conformar una ciudadanía leal a la Nación. La Nación chilena no es el producto de una evolución natural espontánea, que inspira al desarrollo no deliberado de una comunidad. El desarrollo del Estado Nacional en Chile, en cambio, es resultado de un proceso guiado por un proyecto político que -en conformidad a los ideales republicanos- tuvo por objeto erigir una comunidad sobre la cual fundar el universalismo de la ciudadanía. La “ceguera frente a la diferencia” que subyace a ese tipo de universalismo, se tradujo en la negación de la identidad y de la existencia de los pueblos originarios como entidades sociohistóricas. (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2003: 531)

Esa matriz mono étnica excluyente se ha reflejado hasta ahora en los dos siglos de existencia republicana en todas las constituciones del país hasta ahora existentes, incluyendo la actual Constitución Política de la República (CPR de 1980), para la cual en Chile existe una sola nación; la chilena. También se ha reflejado en la política de exclusión, menosprecio, arrasamiento hacia estos pueblos la que desde mediados de siglo XIX dio origen a un proceso de anexión y ocupación forzada de sus territorios ancestrales que resultó en su casi total desposeimiento. Una descripción de este proceso está contenida en el mismo Informe de la CVHNT:

Una clara política expansionista del Estado chileno, permitió la ocupación definitiva de los territorios indígenas: el sometimiento del territorio mapuche a fines del siglo XIX; la anexión de las

tierras aymaras, atacameñas y quechuas, como resultado de la Guerra del Pacífico, a través de la cual Chile disputó a Perú y Bolivia los territorios del extremo norte; la incorporación de Isla de Pascua a la soberanía del Estado Chileno en 1888, y; finalmente, la política de otorgamiento de enormes concesiones que el Estado desarrolló para hacer ocupación definitiva del extremo austral; fueron dando fisonomía definitiva al territorio de Chile, quedando las poblaciones indígenas diversas y numerosas que lo habitaban desde antiguo, bajo la jurisdicción de un Estado a cuya constitución no habían sido invitados sino para formar parte de sus mitos y relatos fundadores. (CVHNT, 2003: 532)

De estos procesos posiblemente el más violento fue el de la ocupación militar del territorio ancestral del pueblo mapuche, el que luego de tres siglos de parlamentos entre sus autoridades y el gobierno colonial hispano, alcanzaba a casi 10 millones de hectáreas al sur del río Bío Bío. Dicha ocupación, materializada a través de una campaña impulsada desde el Estado entre 1860 y 1883, episodio que la historiografía chilena ha conocido como “pacificación de la Araucanía”, resultó en la muerte de millares de integrantes de este pueblo, así como en la confiscación del 95% de su territorio, el que fue destinado a la colonización europea o a la expansión del latifundio agrícola y ganadero. Los mapuche, en tanto, serían confinados en tres mil reducciones en poco más de un 5% de su territorio de ocupación tradicional (Aylwin (Coord.), Meza-Lopehandía y Yáñez, 2013).

Si bien la reforma agraria impulsada durante la segunda mitad de la década de los sesenta y primera mitad de los setenta del siglo pasado permitió la restitución de tierras de ocupación tradicional a los mapuche, ella lo hizo más bien en su calidad de campesinos sin tierra, que en su calidad de pueblos indígenas. Dicha restitución, además, fue de corta data, toda vez que la dictadura cívico militar encabezada por Pinochet (1973-1990), junto con reprimir al movimiento mapuche, impulsó una contra reforma agra-

ria que devolvió las tierras a sus antiguos propietarios o las enajenó a los conglomerados forestales privados que hoy son los más grandes propietarios de tierras al sur del Bío Bío. Fueron las políticas y la legislación etnocidas de la dictadura – entre ella los Decretos Leyes N° 2568 y 2570 de 1979 que promovieron la liquidación de las comunidades reduccionales mapuche; Código de Aguas (Decreto Ley N° 1122 de 1981) que privatizó las aguas de propiedad ancestral de comunidades aymara, atacameñas y de otros pueblos andinos del norte del país- la que gatilló procesos organizativos de pueblos indígenas que permitieron, luego de recuperada la democracia, la aprobación de la Ley 19.253 de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas que reconoció a las “etnias” indígenas, así como algunos de sus derechos básicos, según se describe más adelante.

No obstante dicho reconocimiento, tras 27 años de vigencia, dicha legislación, así como las políticas impulsadas desde el Estado, caracterizadas por la constante contradicción entre el discurso del reconocimiento y la práctica de incorporación de dichos pueblos y de sus territorios al proyecto de expansión económica del país vinculado a la explotación de recursos naturales para los mercados internacionales, sin su consulta y consentimiento, y sin su participación en los beneficios, han sido insuficientes para poner término a las profundas desigualdades y discriminaciones de diferente naturaleza que han afectado a estos pueblos y han sido características de la matriz mono étnica y cultural del país desde sus orígenes.

En efecto, en el plano político existe una marcada sub representación de los pueblos indígenas en órganos de elección popular que adoptan decisiones que les conciernen. Así por ejemplo, en el Congreso Nacional estos cuentan hoy con cinco parlamentarios – electos por partidos políticos y no en representación de los pueblos indígenas- que se auto identifican como tales de un total de 198 integrantes en ambas cámaras. La legislación vigente ha limitado severamente la posibilidad de que ciudadanos indígenas se organicen en partidos políticos y por esta vía contar con re-

presentación en órganos electivos del Estado en igualdad de condiciones con otros sectores de la población como dispone el Convenio N° 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables².

En lo económico, los pueblos indígenas se encuentran entre los sectores más pobres del país. Así de la Encuesta de Caracterización Socio- Económica 2017 (CASEN 2017) entre los años 2006 y 2017 se ha mantenido una tendencia que da cuenta que la población indígena posee la mayor incidencia de pobreza y pobreza extrema - 14,5% y 4,0% respectivamente - superando en casi al doble al resto de la población no indígena del país (8,0% y 2,1% respectivamente). La Región de la Araucanía -que concentra la mayor población indígena del país (mapuche)-, tiene el más alto índice de incidencia de la pobreza con un 17,2%, superando por más del doble a la media nacional (8,6%), y asimismo, es la región que concentra la mayor incidencia de la pobreza extrema (4,6%), 2,3% más del promedio del país (Ministerio de Desarrollo Social, 2017). Siete de las diez comunas con mayores niveles de pobreza por ingresos en el país, todas ellas con una significativa demografía mapuche, están ubicadas en la región de la Araucanía (Observatorio Económico Social de la Región de la Araucanía (UFRO), 2019).

La discriminación también se expresa en el tratamiento que gobiernos de distinta orientación política han dado al menos en las últimas dos décadas a los integrantes de pueblos indígenas frente a su protesta social en el contexto de la reivindicación de derechos frente a la instalación de proyectos de inversión en sus territorios. Tales protestas han sido enfrentadas por los agentes policiales del Estado mediante fuerte represión resultando en la muerte de al menos una decena de integrantes del pueblo mapuche y en innumerables casos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, que han sido observados y denunciados por numerosas instancias internacionales de derechos humanos. Junto a ello, han dado lugar a la persecución de centenares de líderes indígenas mapuche por su participación en hechos de protesta social constitutivos de delitos. Al menos un centenar de personas mapuche han sido pro-

2 Es el caso del partido mapuche Wallmapuwen, el que tras seis años de gestión iniciados el 2010, pudo inscribirse como partido regional solo el 2016. Ello luego de que el Servicio Electoral, en virtud de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos y de la Constitución Política de la República, exigiera el retiro de su proyecto de estatutos vocablos en mapuzugun (idioma Mapuche) y conceptos que contravendrían la Constitución, tales como derecho a la autodeterminación, autonomía, territorio y Wallmapu (país mapuche). El 2017, sin embargo, el Servicio Electoral disolvió a Wallmapuwen, ya que de conformidad con la ley electoral vigente, no logró constituirse en tres regiones continuas u ocho discontinuas, lo que es causal de disolución (Aylwin, 2017).

cesados por la ley sobre conductas terroristas (Ley N° 18.314 de 1984) que data de la dictadura militar, siendo una decena de ellos condenados por elevadas penas de cárcel. La aplicación discriminatoria de esta legislación en contra de personas mapuche en el contexto de hechos de protesta social en contra de propiedades forestales y agrícolas fue observada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia en el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile* (2014)³.

3 En dicha sentencia, la Corte IDH consideró, entre otras cuestiones, que en la fundamentación de las sentencias condenatorias en contra de los mapuche basadas en esta legislación se utilizaron razonamientos que denotaban estereotipos y prejuicios, lo cual configuró una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley.

Marco normativo sobre derechos de pueblos indígenas en Chile

2

No obstante la importante demografía indígena existente en el país, los pueblos indígenas, así como sus derechos, no están reconocidos en la Constitución Política de la República (CPR) vigente, la que fue impuesta en 1980 por dictadura de Pinochet.⁴ Los derechos de los pueblos indígenas se encuentran regulados por la Ley N° 19.253 de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas. A ello se agrega la Ley N° 20.249 de 2008 que Crea el Espacio Marino Costero de los Pueblos Originarios, y el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por el Estado chileno el 2008, adquiriendo plena vigencia en septiembre de 2009.

La Ley 19.253, también conocida como “ley indígena” “...reconoce que los indígenas de Chile 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 cultura” (artículo 1 inc. 1). Establece, además, como deberes de la sociedad en general y del Estado “...respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a

4 Chile junto a Uruguay, cuya demografía indígena es mínima, son los únicos dos estados de la región cuyas cartas fundamentales omiten este reconocimiento.

su ampliación” (artículo 1 inc. 3). Identifica a los pueblos indígenas como “etnias”, siendo las principales la “mapuche, aymara, rapa nui o pascuense, comunidades atacameñas, quechua y colla del norte del país, las comunidades kawashkar o alacalufe y yámana o yagán de los canales australes” (artículo 1 inc. 2). A ello se agregó el 2006 el reconocimiento de la etnia diaguita,⁵ y reciente reconocimiento otorgado al pueblo chango.⁶ Actualmente se encuentra aprobada por la Cámara de Diputados el proyecto de ley para reconocimiento del pueblo selk’nam como parte de las etnias de Chile.

La ley establece una institucionalidad – la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) – a cargo de la conducción de la política indígena del Estado, entidad cuyo órgano máximo, un Consejo Nacional que cuenta con la participación de representantes electos por comunidades y asociaciones indígenas reconocidas en ella. Si bien la ley promueve la participación indígena a través de estas figuras legales, en ella no se reconoce derechos políticos de los pueblos indígenas, tales como la libre determinación y la autonomía, ni tampoco establece mecanismos vinculantes para la consulta a los pueblos indígenas conforme al derecho internacional aplicable. En ella se otorga protección jurídica a las tierras indígenas al disponer que estas están exentas del pago de contribuciones, y que no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia (artículo 13). La Ley identifica como tierras indígenas aquellas que las personas o comunidades indígenas ocupan en propiedad o posesión, y que provienen de títulos emanados del Estado. Considera también como tales a las que a futuro sean declaradas por los tribunales como pertenecientes a indígenas y las que los indígenas y sus comunidades reciban a futuro a título gratuito del Estado, así como aquellas que históricamente han ocupado y poseen personas o comunidades indígenas, caso, sin embargo, en que se exige que sean inscritas en el registro de tierras de CONADI (artículo 12), limitando así la ocupación tradicional como fundamento último de la propiedad indígena sobre las mismas. Finalmente, establece un Fondo de Tierras y Aguas como mecanismo para la ampliación de las tierras indíge-

5 Ley N° 20.117 de 2006.

6 Ley N° 21.273 de 2020.

nas, Fondo que opera a través de la adquisición de tierras vía mercado para personas y comunidades indígenas que carecen de ellas, así como para la solución de problemas de tierras basadas en conflictos que recaigan sobre tierras antes reconocidas como indígenas por el Estado. Este Fondo también financia la constitución, regularización o compra de derechos de agua o financiar obras destinadas a obtener este recurso (artículo 20). La ley no reconoce derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, y salvo en el caso de pueblos andinos del norte del país, derechos sobre sus recursos naturales, como el agua.

En cuanto a la Ley N° 20.249, esta avanza en el reconocimiento de los derechos territoriales de pueblos indígenas a través de la figura de los Espacios Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO). Los ECMPO son espacios marinos delimitados, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido el uso consuetudinario de dicho espacio (artículo 2 letra e). Su objetivo es resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero. Los ECMPO son entregados por el Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, a la Subsecretaría de Pesca, la cual suscribirá el respectivo convenio de uso con la asociación de comunidades o comunidad asignataria (artículo 3). La administración del ECMPO otorgado en concesión deberá asegurar la conservación de los recursos naturales comprendidos en él conforme a un plan de administración. El Convenio 169 de la OIT, en tanto, reconoce a los pueblos indígenas como tales, así como un conjunto de derechos colectivos de carácter político, territorial, y económico, social y cultural. Entre los primeros destacan los derechos participativos de estos pueblos. Ello a través de su consulta frente a medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente (art.6. 1 y 2), de su participación en la misma medida que otros sectores de la población en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos (art.6 1.b), así como en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de desarrollo

nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (art.7. 1). El Convenio también reconoce el derecho de estos pueblos a la autonomía, la que se manifiesta en el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y de controlar... su propio desarrollo económico, social y cultural (art. 7.1), a que se considere su derecho consuetudinario (art.8.1), y a conservar sus costumbres e instituciones propias (art.8.2). En materia de derechos territoriales reconoce a estos pueblos derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 14.1), estableciendo el deber de los gobiernos de determinar y proteger dichas tierras e instituir procedimientos para dar respuesta a su reivindicación . Junto con ello reconoce a estos pueblos derechos sobre sus territorios, los que cubren la totalidad del hábitat de las regiones que estos pueblos ocupan o utilizan de alguna manera (art. 13.2). También les reconoce el derecho a los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios, incluyendo en este el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (art. 15.1). Igualmente establece su derecho a la consulta, la indemnización por daño y la participación en los beneficios frente a medidas de exploración o explotación en ellos de los recursos minerales o del subsuelo u otros recursos de propiedad del Estado (art.15.2). A ello agrega el derecho que tienen a no ser trasladados de sus tierras y territorios sin su consentimiento (art.16.1).

Cabe señalar que este Convenio se aplica en Chile no solo a los pueblos indígenas, sino también al pueblo afrodescendiente, el que fue reconocido el 2019 mediante Ley N° 21151 como “pueblo tribal afrodescendiente chileno”.⁷

A la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT se agrega la aprobación por el Estado de Chile el 2007 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el 2016 de la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas. Ambos instrumentos, si bien no vinculantes, avanzan en el reconocimiento de derechos tales como la autonomía y la libre determinación, el consentimiento libre previo e informado, y reafirman los derechos

7 La población del pueblo tribal afrodescendiente se estima en 10 mil y habitantes fundamentalmente en la región de Arica y Parinacota en el norte del país.

de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales de ocupación tradicional.

De especial importancia para el ordenamiento jurídico en Chile es el Convenio 169 de la OIT. Ello toda vez que de acuerdo al artículo 5 inciso 2 de la CPR de 1980 el ejercicio de la soberanía tiene como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En base a ello, impone como deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados en el texto constitucional, “[...] así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Como consecuencia de ello el derecho convencional internacional de derechos humanos, válidamente incorporado al derecho doméstico por medio de su ratificación, constituye un cuerpo jurídico vinculante y de aplicación preferente en el derecho interno, que se erige como un límite material sobre todo el ordenamiento jurídico. Así lo ha entendido la doctrina mayoritaria, así como crecientemente la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Este último órgano jurisdiccional, que en sus sentencias referidas al Convenio 169, que datan de 2000 y 2008⁸, si bien no formuló reparos de inconstitucionalidad, estableció que sus normas – salvo la referida a la consulta – no eran autoejecutables, posteriormente ha evolucionado en su jurisprudencia sobre el valor de los derechos humanos de tratados internacionales. Ello no solo al reconocer su aplicación preferente, sino incluso haciendo extensiva la incorporación al ordenamiento interno de los dictámenes y pronunciamientos de los órganos de control de tratados, en cuanto son intérpretes oficiales de dichos instrumentos (Guerra y Aylwin, 2018).

Lamentablemente gobiernos de diferente orientación política desde su ratificación a la fecha no han cumplido con las directrices del Convenio 169, restringiendo su aplicación a normativa legal e incluso reglamentaria doméstica en aspectos medulares de este tratado internacional. Es el caso del derecho a consulta de pueblos indígenas, el que luego de una temprana y restrictiva interpretación (Decreto Supremo N° 124 de 2009 del Ministerio de Planificación (hoy Ministerio de Desarrollo Social) y de una jurisprudencia de los

8 Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2000 (Requerimiento de inconstitucionalidad Convenio 169 de la Organización del Trabajo). Rol 309. Tribunal Constitucional, 3 de abril de 2008 (Control de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N° 169). Rol 1050.

tribunales que acogió su especificidad, diferenciándolo de otros sistemas de participación ciudadana, fue reglamentado mediante el Decreto Supremo N° 40/2013 y del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), y el Decreto Supremo N° 66/2014 del Ministerio de Desarrollo Social sobre Consulta Indígena.

El primer Decreto Supremo (40/2013) regula el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión susceptibles de afectarles directamente. Además de no haber sido objeto de un proceso de consulta previa con los pueblos indígenas adecuado al estándar del Convenio 169, en su artículo 85 dispone que la susceptibilidad de afectación directa sucede cuando el proyecto genera o presenta alguno “impacto significativo” y, adicionalmente, “afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas”. En cuanto a las comunidades o grupos indígenas a ser consultados, la misma disposición señala que solo podrán participar del proceso de consulta “los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva”. En relación con la finalidad del proceso de consulta indígena, el artículo 85 del Reglamento del SEIA señala que estos procesos “deberá[n] efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento”, sin perjuicio que “el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta”. Este reglamento, junto con establecer requisitos no considerados en el Convenio 169, determina que queden sin un proceso de consulta indígena la gran mayoría de proyectos que ingresan al SEIA los que son evaluados por medio de una Declaración de Impacto Ambiental⁹.

El segundo Decreto Supremo (66/2014), además de no haber sido tampoco objeto de un proceso de consulta adecuado con pueblos indígenas, define en su artículo 7 lo que se entiende por medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, aplicando restricciones que limitan el ejercicio y exigibilidad del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados. Así en relación a las “medidas legislativas”, únicamente incorpora

9 Desde septiembre de 2009 a la misma fecha el 2018 han ingresado al SEIA más de 9.800 proyectos, de los cuales tan solo 47 han sido sometidos a un proceso de consulta indígena durante su evaluación ambiental. De ellas 26 se encuentran finalizadas, y solo 21 están en proceso. 22 de estas iniciativas fueron aprobadas, 19 se encuentran en evaluación, 2 fueron rechazadas, y 4 fueron desistidas por sus titulares. Reporte sobre los proyectos sometidos al SEIA con proceso de consulta indígenas, disponible en: http://seia.sea.gob.cl/pci/proyectos_en_pci.php?_pagina_refresh=1&_pagina_nador_fila_actual=3

los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional que sean iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, sin hacerse cargo del proceso de consulta durante todo el proceso de discusión y deliberación parlamentaria. En relación a las medidas administrativas, el mismo artículo dispone que solo serán objeto de consulta aquellos aspectos discrecionales de los actos administrativos, excluyendo a priori a una gran cantidad de actos administrativos, fundamentalmente en el contexto de procedimientos administrativos para otorgar o constituir concesiones para explotar recursos naturales dentro de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas, los cuales por su naturaleza reglada y no discrecional no serían objeto de un proceso de consulta. En relación a la susceptibilidad de afectación una medida legislativa o administrativa, en su artículo 7° este Decreto Supremo establece que dichas medidas “sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”. Dicha norma, además de entregar un margen de discrecionalidad a la autoridad para definir la susceptibilidad de afectación directa, restringe arbitrariamente el estándar del Convenio 169.

Igualmente, en materia de tierras indígenas, el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, al que se destina la mayor proporción de recursos de CONADI, mantiene una regulación anterior a la fecha de ratificación del Convenio 169 (Decreto Supremo 395 de 1994 del Ministerio de Planificación), que no cumple con su estándar. Ello toda vez que restringe la aplicabilidad de la compra de tierras a aquellos reclamos conflictivos de tierras basados en títulos otorgados por el Estado a indígenas en el pasado, sin hacerlo extensivo a reclamos por desposeimiento o usurpación de tierras de ocupación tradicional, que nunca les fueron reconocidas.¹⁰ Junto a lo anterior, limita este mecanismo a individuos o a comunidades constituidas legalmente conforme a la Ley 19.253, sin considerar aquellas que emanan de instituciones propias o tradicionales de los pueblos indígenas reconocidas por el

10 En el caso del pueblo mapuche este fue radicado en alrededor de tres mil títulos de merced que el Estado chileno otorgó desde la ocupación de su territorio en la segunda mitad del Siglo XIX hasta comienzos del Siglo XX, en poco más de un 5% de su territorio de ocupación tradicional (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2003).

Convenio 169. El mecanismo de compra de tierras a elevados precios de mercado, en particular en el territorio tradicional del pueblo mapuche, ha determinado un grave rezago en la respuesta del Estado a las reclamaciones de restitución de tierras indígenas.

Lo anterior junto a la proliferación de los proyectos extractivos, tales como proyectos mineros, forestales y de salmicultura, o de infraestructura caminera e hidroeléctrica, en los territorios indígenas impulsados por empresas nacionales y transnacionales con respaldo estatal, sin consulta y consentimiento de las comunidades afectadas, sin compensación por daño o participación en los beneficios, han generado numerosos conflictos socio ambientales¹¹. Ello ha sido determinante en la creciente conflictividad interétnica en el país, particularmente en el caso del territorio de ocupación tradicional mapuche, donde las empresas forestales poseen 1.8 millones de hectáreas de monocultivos forestales (World Bank, 2020). Dichos monocultivos casi duplican en superficie las tierras que el Estado hoy reconoce a los mapuche en propiedad, la que totaliza 1.071 millones de hectáreas (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, 2020)¹².

La presencia de las empresas forestales, así como la proliferación de proyectos hidroeléctricos en territorio mapuche ha sido determinante en la creciente conflictividad que existe en esta parte del país, la que se torna cada vez más crítica, sin que las instancias de diálogo generadas por gobiernos de distinto sello político desde hace más de dos décadas, hayan logrado ponerle freno. Por el contrario, la estrategia criminalizadora impulsada desde el Estado hacia la protesta mapuche, lejos de revertir un conflicto de naturaleza política, lo ha intensificado.

En la actualidad existen dos proyectos de ley para la creación de una nueva institucionalidad indígena; Uno para la creación de un Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos indígenas (Boletín N° 10526- 06), como entes públicos de participación indígena, y otro para la creación del Ministerio de Asuntos indígenas (Boletín N° 10.687-06). Ambos proyectos, que fueron objeto de consulta a pueblos indígenas, sin

11 En el caso del pueblo mapuche este fue radicado en alrededor de tres mil títulos de merced que el Estado chileno otorgó desde la ocupación de su territorio en la segunda mitad del Siglo XIX hasta comienzos del Siglo XX, en poco más de un 5% de su territorio de ocupación tradicional (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2003)

12 Esta cifra incluye las tierras remanentes de los diferentes títulos entregados por el Estado a los mapuche durante la segunda mitad del Siglo XIX y el Siglo XX, así como aquellas que les han sido otorgadas en años recientes mediante compras de tierras realizadas por el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas de CONADI (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena) creado por la Ley N° 19.253 de 1993 sobre fomento, protección y desarrollo de los indígenas, las que entre 1995 y 2018 sumaban 266.076 hectáreas (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, 2020).

embargo, han sido objeto de cuestionamientos por el peligro de que estos órganos asuman una representación indígena que suplante sus instituciones representativas.³

Si bien proyectos para el reconocimiento constitucional de pueblos indígenas y de sus derechos en el marco de la CPR de 1980 han sido presentados por distintos gobiernos y proyectos de iniciativa parlamentaria desde 1991¹⁴, ellos han quedado obsoletos en el contexto del proceso constituyente actualmente en desarrollo al que referiremos en detalle a continuación.

Las limitaciones del marco normativo interno aplicable a los pueblos indígenas y de la política pública aplicada a los pueblos indígenas han dado origen a las múltiples situaciones de exclusión de los pueblos indígenas antes referidas. Lo anterior determina la urgente necesidad no solo de revertir dichas exclusiones, sino revisar y superar la concepción mono étnica del Estado, que está a la base de ellas. En efecto, en forma concordante con las tendencias del constitucionalismo comparado en América Latina y en otros contextos, se hace urgente poner término al mito fundacional en que Chile, en el que al igual que en la mayoría de las repúblicas latinoamericanas fue creado; el del “Estado-Nación”. Ello a objeto de dar paso al reconocimiento del carácter plurinacional del Estado y la sociedad en general.

- 13 Disponible en: <http://www.el-desconcierto.cl/2016/06/16/consejo-de-pueblos-indigenas-la-desacreditada-propuesta-que-reemplazara-al-consejo-de-la-conadi/>
- 14 Al menos una decena de proyectos de reforma a la CPR de 1980, tanto de iniciativa de gobierno como de iniciativa parlamentaria fueron presentados entre 1991 y el 2015 a objeto de reconocer los pueblos indígena en la carta fundamental (Donoso y Palacios, 2018). Ellos se frustraron tanto por no haber sido elaborados con la participación y consulta a pueblos indígenas, como por los quórums supra mayoritarios (dos tercios) requeridos por dicha constitución para su aprobación, quórums que no se lograron en un Congreso Nacional en que los sectores conservadores, detractores de dicho reconocimiento, contaban con una representación superior al tercio del total de integrantes. A ello se agregó el proyecto de texto de nueva Constitución Política presentado por la Presidenta Bachelet el 2018, el que contenía disposiciones orientadas al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

Proceso constituyente en Chile y demandas de pueblos indígenas

II



El estallido social de octubre de 2018, si bien fue gatillado por estudiantes, trabajadores, mujeres, y en general por los sectores excluidos de los más importantes centros urbanos del país, terminó por desencadenar el proceso constituyente que hoy se desarrolla en el país, proceso que muchos movimientos sociales y políticos venían promoviendo hace al menos una década sin ser escuchados (Aylwin, 2017). Aun cuando los pueblos indígenas no fueron los actores determinantes de dicho estallido, sus banderas, en especial la wenufoye mapuche, presentes en todas las manifestaciones públicas del estallido, constituyeron un reconocimiento a la resistencia indígena frente a la permanencia de una institucionalidad impuesta en dictadura, la que no obstante sus numerosas reformas, mantiene su carácter autoritario y antidemocrático. Dichas banderas, además, visibilizaron la relevancia de que el proceso constituyente fuese inclusivo de los pueblos indígenas, y por lo mismo, permitiese poner término a su negación y discriminación histórica.

Las demandas de los pueblos indígenas por una nueva constitución elaborada con su participación activa a través de un órgano constituyente democráticamente electo e inclusivo no son nuevas. Ellas han encontrado eco en particular en el movimiento mapuche. Así por ejemplo el par-

tido político mapuche Wallmapuwen, de corta vida legal, el movimiento mapuche Identidad Territorial Lafkenche, la Asociación de Municipalidades con Alcalde Mapuche (AM-CAM), entidad que agrupa a nueve municipios del centro sur del país, el Consejo de Pueblos Atacameños, entre otras organizaciones, han sido activos promotores de la Asamblea Constituyente como mecanismo para la elaboración de una nueva constitución para Chile, exigiendo la participación indígena en este mecanismo como una manera de lograr que en una carta fundamental reconozca el carácter plurinacional del Estado chileno. Dichas organizaciones también exigen el reconocimiento en ella de los pueblos indígenas y de los derechos colectivos que les asisten.

La demanda por el reconocimiento del Estado plurinacional surgió con nitidez en el proceso participativo constituyente indígena impulsado el 2016 en el marco del proceso constituyente impulsado bajo el gobierno de Bachelet (2014-2018). Así en la sistematización de dicho proceso se en mayo de 2017 se sostiene como acuerdo de los constituyentes indígenas, que Estado plurinacional es:

- ➔ [...] reconocimiento de la diversidad cultural del país y la inclusión efectiva de los distintos pueblos que permita la expresión de esta diversidad y su participación en las decisiones del país, y sobre todo de las [que] afectan directamente a los pueblos indígenas y sus territorios.
- ➔ [...] respeto a la autodeterminación de cada pueblo, permitiéndoles establecer sus prioridades de desarrollo.
- ➔ [...] fortalecimiento de la cultura de los pueblos indígenas, en particular de las estructuras organizativas y representativas, por medio de su participación en la toma de decisiones a nivel político. Al ser plurinacional, hay una convivencia de las estructuras organizativas de cada nación en igualdad de condiciones, resguardándose con

ello, el respeto a las normativas propias de los pueblos indígenas. (Proceso Participativo Constituyente Indígena, 2017: 69-70).

Otra de las demandas centrales que emergieron ya en este proceso fue la del derecho a la autodeterminación política de los pueblos indígenas. Tal autodeterminación fue entonces concebida de la siguiente manera:

- ➔ Los pueblos indígenas deben contar con sus propias instituciones de autogobierno, es decir, con una organización social y política basada en sus principios culturales, nociones y que reconozca la importancia de instituciones tradicionales.
- ➔ La demanda por mecanismos que garanticen la representación efectiva en el sistema político chileno: [...] cupos parlamentarios, [...] instalación de un parlamento indígena (incluso se menciona, específicamente, un parlamento mapuche), [...] reorganización de las estructuras de poder local, reconociendo las instituciones políticas territoriales fundamentales (Proceso Participativo Constituyente Indígena, 2017: 76).

Las mismas demandas fueron expresadas con nitidez en el contexto de la Consulta Constituyente para el Reconocimiento Constitucional y la Participación Política de los Pueblos Indígenas impulsado el segundo semestre del mismo año por el gobierno de Bachelet. En dicha consulta los participantes indígenas levantaron nuevamente como propuestas centrales, además de la plurinacionalidad, el reconocimiento de los territorios indígenas, de los derechos de pueblos indígenas sobre los recursos naturales, y del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas. A ello se agregó además, el reconocimiento del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Dichas propuestas, sin embargo, al no ser acogidas por el

Ministerio de Desarrollo Social, figuran como desacuerdos en la síntesis del proceso de consulta indígena (Ministerio de Desarrollo Social, 2017).¹⁵

El estallido social de octubre de 2019 vino a destrabar los obstáculos que impidieron por más de una década avanzar en el proceso constituyente exigido por sectores crecientes de la ciudadanía dándole viabilidad institucional¹⁶. En efecto, este desencadenó el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución suscrito el 15 de noviembre de ese año por los principales partidos políticos del país, en el que se establece un mecanismo - el plebiscito- para determinar si la ciudadanía quiere avanzar hacia la elaboración de una nueva carta fundamental, y en caso afirmativo, cual sería el órgano constituyente encargado de esta tarea (una Convención Constitucional íntegramente electa para estos efectos o una Convención Mixta Constitucional, en que la mitad de sus integrantes serían electos y la otra estaría integrada por representantes del Congreso Nacional.) La reforma constitucional de diciembre de 2019 (Ley N° 21.200) dispuso que dicho plebiscito fuese realizado en abril pasado, fecha que fue postergada hasta el 25 de octubre como consecuencia de la pandemia. Los resultados de este plebiscito, como sabemos, fueron contundentes. Cuatro de cinco ciudadan@s se pronunciaron en favor de que Chile se de una nueva Constitución Política. Igual proporción votó en favor de que dicha Constitución sea elaborada por constituyentes íntegramente electos para estos efectos, a través de una Convención Constitucional.

La inclusión de los pueblos indígenas en dicha Convención, sin embargo, sigue siendo incierta. En marzo de 2020 parlamentarios de diversas bancadas presentaron a la Cámara de Diputados un proyecto de reforma constitucional a objeto modificar la CPR de 1980 para reservar escaños a representantes de los pueblos originarios en la integración del órgano constituyente que se conforme para la creación de una nueva Constitución (Boletín N° 13129-07). Dicho proyecto, en gran medida consecuencia de la actoría de organizaciones e intelectuales indígenas, fue aprobado en general por la Cámara de Diputados, y más tarde por

16 Cabe señalar que el proceso constituyente impulsado el 2014 por la entonces presidenta Bachelet, se frustró en la medida, que dado su carácter “institucional”, no logró superar las barreras impuestas por la CPR de 1980 para la reforma de dicha carta. Ello toda vez que tal reforma requiere de dos tercios de los integrantes de un Congreso Nacional de composición mayoritariamente binominal, resultante de la legislación electoral vigente hasta el 2018.

la Comisión de Constitución Legislación y Justicia del Senado. Sin embargo, no logró el quórum (3/5) requerido en el Senado para su aprobación. En razón de ello el proyecto está actualmente siendo analizado por una Comisión Mixta de ambas cámaras. Si bien la participación indígena en la Convención Constitucional a ser electa en abril de 2021 es apoyada por todos los partidos políticos con representación parlamentaria, existen importantes divergencias en cuanto a las modalidades de la participación indígena en el órgano constituyente, la forma de determinación del universo electoral indígena, el número de representantes por pueblo, entre otras.

Así, el proyecto de oposición, apoyado por diversas organizaciones de pueblos indígenas¹⁷, tal como fuera aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, propone la elección de un total de 24 convencionales indígenas adicionales a los 155 electos por la ciudadanía, cantidad esta última definida para los integrantes de la Convención Constitucional en la reforma constitucional de diciembre de 2019. Se trata de un número adicional proporcional a la demografía indígena constatada en el Censo de Población de 2017 (12.8% del total de la población del país) (Senado, Boletín N° 13.129-07). A ello se agregaba un cupo especial para la elección de un representante del pueblo tribal afrodescendiente, reconocido por ley el 2019.¹⁸

Luego de que la Comisión Mixta de senadores y diputados establecida para resolver las diferencias existentes en relación aprobara el 7 de diciembre, la inclusión de 18 escaños reservados para pueblos indígenas en la Convención Constitucional - 9 como parte de los 155 convencionales, y 9 supra convencionales¹⁹, el 14 de diciembre la Cámara de Diputados y el 15 de diciembre el Senado aprobaron finalmente dicho proyecto, quedando listo para su promulgación. De acuerdo a la reforma aprobada, habrá un total de 17 escaños reservados para pueblos indígenas en la Convención Constitucional, como parte de los 155 de los convencionales a ser electos, y no supra numerarios como anteriormente se había considerado²⁰. De los 17 escaños reservados, siete corresponden al pueblo mapuche, dos al

17 Entre ellas las más activas han sido Identidad Lafkenche, la Asociación de Municipalidades con Alcalde Mapuche (AMCAM), Consejo Nacional Aymara, y el Consejo de Pueblos Atacameños. Un total de 40 organizaciones de todos los pueblos indígenas manifestaron el 12 de octubre pasado su apoyo al proyecto de representación proporcional indígena en el órgano constituyente, denunciando la falta de voluntad del Congreso para resolver a tiempo la reforma propuesta (Agrupación Changos Camanchacos Sector Salitres et al., Octubre 12, 2020). Con fecha 5 de diciembre de 2020 un total de 90 organizaciones indígenas de todo el país anunciaron movilizaciones en defensa del mismo proyecto, exigiendo que los 10 pueblos indígenas estén representados en el proceso constituyente con al menos 24 constituyentes. Ver <https://www.theclinic.cl/2020/12/05/mas-de-90-organizaciones-indigenas-anuncian-movilizaciones-partir-del-lunes-por-escaños-reservados/>

18 Tales convencionales serían electos en distrito especial entre los candidatos indígenas propuestos por un número variable de organizaciones de pueblos indígenas, dependiendo de cada caso, en el acto electoral

pueblo aymara, y uno para cada uno de los ocho pueblos con reconocimiento legal. Para la definición de los electores de representantes indígenas el Servicio Electoral (SERVEL) elaborará un registro especial en base a registro de CONADI y otras fuentes, al que se adicionan quienes acrediten su pertenencia ante ministro de fe o declaración jurada autorizada por SERVEL. Estos solo podrán votar por una candidatura correspondiente al pueblo a que pertenecen. La ubicación de los escaños reservados será realizada por el SERVEL, descontando dichos escaños de los distritos con mayor porcentaje de personas indígenas. Los postulantes deben acreditar su pertenencia a un pueblo indígena a través de CONADI, y contar con patrocinio organizaciones o personas indígenas. La reforma considera un mecanismo para garantizar la paridad de género de representantes indígenas. También considera acceso a la franja electoral (13% del tiempo) y un reembolso por gasto electoral. El proyecto aprobado considera también que los partidos o pactos electorales deben considerar un 5% de personas con discapacidad entre sus candidaturas (Ibid).

La inclusión de un escaño reservado para el pueblo tribal afrodescendiente, sin embargo, fue votada en forma separada, siendo rechazada por el Senado al ser rechazada por la mayoría de los senadores de gobierno (Ibid). Tal exclusión del pueblo tribal afrodescendiente fue considerada como un acto de racismo y exclusión en contra de dicho pueblo por sus representantes, anunciándose acciones jurídicas a nivel nacional e internacional para denunciar y revertir esta situación²¹.

Otro desafío pendiente para la inclusión de los pueblos indígenas en el proceso constituyente está determinado por la disposición de ellos a participar de este proceso. En efecto, al igual que como ocurre en todos los pueblos, no existe al interior de los pueblos indígenas en Chile posiciones únicas en torno al proceso constituyente en desarrollo, y la participación indígena en él.

El conocimiento de las brechas de implementación de los derechos de pueblos indígenas reconocidos en las consti-

de abril próximo por los ciudadanos indígenas en base a un criterio de autoidentificación. La propuesta establecía una distribución geográfica a lo largo del país que permitiría la elección un total de catorce convencionales mapuche, dos convencionales aimara, y un convencional para cada otro pueblo indígena con reconocimiento legal. A ello se agregaba un mecanismo para permitir la paridad de género entre los convencionales indígenas a ser electos. La propuesta del Gobierno, en cambio, consideraba un total de 15 escaños especiales para pueblos indígenas a ser electos como parte de los 155 integrantes de la Convención Constitucional, y sobre la base de su identificación previa por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

- 19 Ver https://radio.uchile.cl/2020/12/08/sin-acuerdo-comision-mixta-aprueba-18-escaños-reservados-para-pueblos-indígenas-en-la-convencion-constituyente/?fbclid=IwAR-1xuNjk31J7jR0nvkqUM7_aW9xTIwktmLkmEGhRHU-BRcVhNsx_YbwM8aMQ
- 20 Ver <https://www.senado.cl/ya-es-una-realidad-escaños-reservados-para-pueblos-originarios-en-la-senado/2020-12-15/170538.html>

tuciones políticas de otros países de América Latina han llevado a algunas organizaciones mapuche a plantear su escepticismo en relación a la participación indígena en el proceso constituyente. Así Aucan Huilcaman, líder (*werken*) de la organización mapuche Consejo de Todas las Tierras, señala que las declaraciones de plurinacionalidad formuladas en las constituciones de estados como Ecuador y Bolivia “...no han resuelto absolutamente nada en relación a los Pueblos Indígenas, ni garantiza absolutamente nada la coexistencia plurinacional.” (Huilcaman, 2020). También argumenta que la libre determinación es un derecho internacionalmente reconocido a los pueblos indígenas y que, en virtud de este, el pueblo mapuche estaría impulsando un proceso para el ejercicio de este derecho a través de realización de la Asamblea Constituyente Mapuche (Ibíd).

Otras organizaciones mapuche, como la Coordinadora Arauco Malleco, también han cuestionado la participación de las organizaciones de este pueblo en el proceso constituyente en desarrollo. Ello al definirlo como un proceso colonial que intenta frenar la lucha por la autonomía mapuche. En contraposición a ello la CAM sostiene que la autonomía se logra a través de la lucha territorial, reivindicando acciones de fuerza, principalmente en contra de las empresas forestales que operan en el Wallmapu. (Coordinadora Arauco Malleco, 2020)

No existe por tanto garantías de que el proceso constituyente en desarrollo en Chile vaya a ser uno inclusivo de los pueblos indígenas, con todos los riesgos que ello significa para el futuro de la convivencia interétnica en el país.

- 21 Christian Baez, Lum-banga, en <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/12/15/las-es-trategias-de-los-afro-descendientes-para-impugnar-en-chile-y-el-ex-tranjero-su-margi-nacion-de-la-conven-cion-constitucional/>

Fundamentos de la participación de pueblos indígenas en los procesos constituyentes

III



La participación de los pueblos indígenas en los procesos constituyentes a través de los cuales se elaboran las cartas fundamentales que rigen la vida de los estados en los que habitan tiene desde la perspectiva de derechos humanos fundamentos profundos. Dichos fundamentos se encuentran en los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos que han sido desarrollados desde mediados de Siglo XX a la fecha. También encuentran fundamento más específico en la normativa internacional particular referida a estos pueblos desarrollada en las últimas tres décadas. A dichos fundamentos se agregan aquellos de carácter político, los que dicen relación con la naturaleza y objetivos de las constituciones, los que más allá de ser instrumentos jurídicos, son también, y por sobre todo, instrumentos sociales y políticos, y por lo mismo plantean desafíos desde estas perspectivas. A continuación desarrollaremos cada uno de estas fundamentaciones.

Fundamentos normativos internacionales de derechos humanos

1

El fundamento primario de la participación de los pueblos indígenas en los órganos electivos, como son los órganos constituyentes democráticos, está determinado por el principio de igualdad y no discriminación. Ello teniendo presente que históricamente estos pueblos a nivel global han estado, por distintas razones, tanto legales como económicas, sociales o culturales, excluidos de instancias estatales de toma de decisión de asuntos que les conciernen. El caso de Chile, como vimos no es una excepción en este sentido. Dicho principio está a la base de la normativa internacional de derechos humanos. Tal como dispone la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (DUDHNU) “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”(artículo 2). La misma DUDHNU agrega: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.” (artículo 7)

Tal principio es garantizado por los principales instrumentos universales y regionales vigentes en nuestro país, en-

tre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (PIDCP) (artículos 2.1 y 26) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 1.1 y 24). La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas (CIEDR), también ratificada por el Estado chileno, desarrolla con claridad este principio al definir la discriminación racial como “[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” (Artículo 1.1) En la misma Convención los Estados, junto con partes condenar la discriminación racial, se comprometen a adoptar, por todos los medios apropiados, una política encaminada a eliminar dicha discriminación (artículo 2.1).

El mismo principio está a la base de los instrumentos específicos de derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas, que han sido también ratificados o adheridos por el Estado de Chile. Tal como señala el antiguo Relator Especial de Derechos de Pueblos Indígenas James Anaya los instrumentos internacionales aplicables a los pueblos indígenas no crean derechos nuevos, sino que aplican derechos ya existentes a los pueblos indígenas. Ello lleva al antiguo Relator Especial Anaya a sostener en relación a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas (DNUDPI):

La Declaración no enuncia ni crea derechos especiales distintos de los derechos humanos fundamentales que se consideran de aplicación universal, sino que más bien profundiza en esos derechos fundamentales desde las circunstancias culturales, históricas, sociales y económicas específicas de los pueblos indígenas. Esos derechos incluyen las normas básicas de la igualdad y la no discriminación, así como otros

derechos humanos de aplicación general en ámbitos como la cultura, la salud o la propiedad, que se reconocen en otros instrumentos internacionales y son de aplicación universal. (Anaya, 2008: Parág.40)

Ello explica porque los principales instrumentos de derecho internacional aplicables a pueblos indígenas – el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los pueblos Indígenas (DNU DPI) y la Declaración Americana sobre Derechos de Pueblos Indígenas (DADPI), contienen disposiciones que reconocen la igualdad de los pueblos indígenas y los individuos indígenas con otros pueblos e individuos, así como su derecho a gozar de los derechos humanos sin discriminación²².

Los instrumentos generales de derechos humanos garantizan de manera específica el principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio del derecho a la participación política. Así tanto el PIDCP y como la CADH reconocen en los mismos términos este derecho al establecer que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna distinción, del derecho a “a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.” (artículo 25 PIDCP y 23 CADH)

Tratándose de un ámbito en que ha existido una marginación histórica de los pueblos indígenas a nivel global, es que los instrumentos internacionales que les son aplicables hacen referencia particular al deber de los estados de garantizar a estos pueblos el ejercicio de este derecho a participar en igualdad de condiciones y oportunidades que otros sectores de la población en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.²³

22 Así el Convenio 169 dispone: “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.” (artículo 3.1). La DNU DPI a su vez dispone: “Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.” (artículo 2). La DADPI al respecto establece: “Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. (artículo V)

23 Al respecto el Convenio 169 dispone: “Los gobiernos deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos indígenas “...puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan” (artículo 6 1. b). La DNU DPI por su parte dispone: “Los pueblos indígenas tienen derecho a ... participar plenamente, si lo desean, en la vida política,

Cabe referir acá a la interpretación que a nivel regional ha sido otorgada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al alcance del principio de igualdad y no discriminación en la participación política de pueblos indígenas, en su jurisprudencia en el caso *Yatama vs Nicaragua* (2005) En su sentencia en dicho caso originado en la denuncia de la organización indígena Yatama de la Costa Atlántica de Nicaragua por la denegación de su reconocimiento como partido político y, como consecuencia de ello, su exclusión de participar en elecciones municipales del 2000 regidas por la ley electoral N° 331 del mismo año de dicho Estado, la Corte IDH sostuvo que dicha ley “... sólo permite la participación en los procesos electorales a través de partidos políticos. Esta forma de organización no es propia de las comunidades indígenas de la costa atlántica.” (parág 214). Agregó que “No existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político.” (parág 215). Concluyó señalando que “...la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos (...) es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación...” (parág 217). En razón de lo anterior la Corte IDH condenó al Estado de Nicaragua por la violación de las disposiciones de la CADH, entre otros de sus artículos 23 (derechos políticos) y 24 (igualdad ante la ley), conminándolo a:

...adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así

económica, social y cultural del Estado.” (artículo 5). Y luego agrega: “Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos...”(artículo 18). Igualmente, la DADPI establece que estos pueblos “... tienen el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder y participar plena y efectivamente como pueblos en todas las instituciones y foros nacionales, incluyendo los cuerpos deliberantes.” (artículo XXI 2).

como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención. (Corte IDH, 2005: parág. 225)

La interpretación de la Corte IDH en este sentido es coincidente con lo dispuesto por la DNUDPI cuando dispone que el derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos por conducto de representantes elegidos por ellos “...de conformidad con sus propios procedimientos...” (artículo 18). Ello como consecuencia de que los partidos políticos no son instituciones políticas, jurídicas o culturales propias de los pueblos indígenas, las que estos tienen, de acuerdo a la misma Declaración, a dotarse (artículo 5 DNUDPI).

Otro derecho que fundamenta la participación de los pueblos indígenas, al igual que el de todos los pueblos, en los procesos constituyentes, es el derecho de libre determinación. Este derecho es reconocido en el artículo 1 común del Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), derecho en virtud del cual todos los pueblos determinan libremente su condición política, económica y social²⁴. Al respecto resulta relevante consignar la interpretación que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano de supervisión del PIDCP ha dado a este derecho en relación a los procesos de elaboración constitucional y a sus resultados. En efecto, al referirse a la forma de implementación de este derecho refiere a la importancia que no solo las constituciones, sino también los procesos a través de los cuales estas se generan, tienen. Ello se deduce cuando el Comité dispone que los Estados Partes deben en sus informes referidos al ejercicio de este derecho “...describir los procesos constitucionales y políticos que permiten en la práctica su ejercicio”(Comité de Derechos Humanos Naciones Unidas, 1984: parág. 4). De esta manera pone en evidencia que los procesos de elabo-

24 En virtud de ese derecho, los pueblos “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Artículo 1 común de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

ración de textos constitucionales son también atingentes para el ejercicio de este derecho.

Como sabemos, el derecho de libre determinación ha sido también reconocido por el derecho internacional como un derecho de los pueblos indígenas. Así tanto la DNUDPI, como la DADP, reconocen en términos análogos a los del PIDCP y del PIDESC este derecho²⁵. Tales Declaraciones, sin embargo, dejan en claro que se trata de un derecho que se ejerce en forma interna a los estados. Ello al establecer que, en ejercicio de este derecho, los pueblos indígenas “...tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales...” (artículo 4 DNUDPI; artículo XXI DADPI). El ejercicio de este derecho en forma interna a los estados por parte de los pueblos indígenas se ve reforzado en ambas declaraciones cuando disponen que los derechos reconocidos en ellas no autorizan a impulsar acciones que puedan “quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes...” (artículo 46 DNUDPI; artículo IV DADPI).

Los límites al ámbito doméstico de los estados establecidos en estos instrumentos para el ejercicio de este derecho por parte de los pueblos indígenas implican que estos necesariamente deban participar en las estructuras jurídicas, políticas y sociales para su ejercicio. Tal como señala el antiguo Relator Especial Anaya refiriendo a la aplicación de la DNUDPI: “...la Declaración también refleja el entendimiento común de que la libre determinación de los pueblos indígenas entraña al mismo tiempo una participación y una interacción con las estructuras sociales más amplias en los países en que viven.” (Anaya, 2008: parág 39)

El marco internacional referido al derecho de libre determinación, y la interpretación del Comité de Derechos Humanos de la ONU, determina un gran desafío para su ejercicio en estados habitados por pueblos indígenas. Tal desafío implica que las constituciones, y sobre todo, los procesos para su elaboración, deben posibilitar el ejercicio conjunto de este derecho colectivo fundamental. Ello presupone

25 “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” (artículo 3 DNUDPI; artículo III DADPI).

el establecimiento de mecanismos que hagan posible la participación proporcional a su población, o en igualdad de condiciones, de representantes de todos los pueblos, incluyendo los pueblos indígenas, en dichos procesos.

La igualdad de condiciones, o proporcionalidad a su población, para la participación política de pueblos indígenas en instancias estatales que adoptan decisiones que les conciernen, como son los órganos constituyentes, pone de relieve otro derecho que los instrumentos internacionales que les son aplicables han reconocido, cual es el derecho a la auto identificación tanto individual como persona como colectiva como pueblos. Tanto el Convenio 169 de la OIT como la DNUDPI y la DADPI ponen de relieve que se trata de un derecho fundamental para determinar a quienes se aplican estos instrumentos. Las declaraciones en tanto ponen de énfasis en que dicha auto identificación se debe realizar conforma a la costumbre o prácticas indígenas.²⁶

Lo anterior determina que la identificación del universo indígena a participar en procesos electivos de órganos públicos, como son los órganos constituyentes democráticos, sea efectuada por los propios pueblos indígenas, y no arbitrariamente desde los estados. Solo de esa forma se podrá contar con una participación de los pueblos indígenas en igualdad de condiciones que otros sectores de la población en este tipo de órganos.

26 Así el Convenio 169 dispone: “La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.” (artículo 1.2). Por su parte la DNUDPI establece: “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones.” (artículo 33). De manera similar, la DADPI establece: “La auto identificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha auto identificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.” (Art 1 2 DADPI)

Fundamentos políticos de la participación de pueblos indígenas en los procesos constituyentes

2

Junto a los fundamentos normativos de la participación de pueblos indígenas en los procesos constituyentes, están también aquellos de carácter político, los que pueden resultar tan o más determinantes que los primeros. Ello deriva de la naturaleza misma de las constituciones, dado que además de ser instrumentos legales o jurídicos, son también declaraciones sociales que expresan los valores de una sociedad, así como instrumentos políticos de distribución y ejercicio del poder (International IDEA, 2014).

Dadas estas últimas dimensiones sociales y políticas, es que las constituciones son también instrumentos que permiten abordar, e idealmente establecer cauces para la resolución, conflictos de diversa naturaleza - relaciones de poder entre diferentes grupos, clases sociales, diversidades étnicas, culturales o religiosas, geográficas, entre otras- que existen al interior de los estados. Esta potencialidad de las constituciones es subrayada por el constitucionalista Konrad Hesse al señalar que, desde el punto de vista conceptual, la Constitución, además de ser el orden jurídico fundamental de la comunidad y establecer los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política del Estado “[c]ontiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el pro-

cedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal.” (Hesse, 2011).

La capacidad para establecer la “unidad política” y para “resolver los conflictos al interior de la Comunidad” está estrechamente vinculada a la adhesión que esta tenga de la ciudadanía y de los distintos sectores que la componen. Como señala el constitucionalista Humberto Nogueira; “El ordenamiento constitucional... requiere de adhesión y sostenimiento por la colectividad; su validez está estrechamente vinculado a su eficacia y ésta a la adhesión de los ciudadanos y los diversos sectores que integran la sociedad. Una constitución que carece de sustento y adhesión difundida entre los miembros de la sociedad está destinada a durar poco...” (Nogueira, 2009).

Coincidentemente con Nogueira, un estudio del PNUD sobre los procesos constituyentes verificados a nivel global desde la posguerra a la fecha permite constatar que las constituciones exitosas resultantes de dichos procesos, son aquellas que son aceptadas como legítimas por las élites políticas y la ciudadanía, y que han logrado encontrar soluciones que conjugan factores políticos y jurídicos, incluyendo amplio apoyo popular (PNUD, 2015). Consecuentemente, la adhesión a las constituciones va a estar estrechamente relacionada a la inclusión de todos los sectores de la comunidad y su diversidad en el proceso de su elaboración. Es por ello que en la práctica contemporánea de los estados democráticos, los procesos de elaboración constitucional, o procesos constituyentes, son crecientemente desarrollados a través de Asambleas Constituyentes electas con esta finalidad exclusiva. En efecto, las asambleas constituyentes, como manifestaciones del poder constituyente originario, han adquirido relevancia como mecanismo para el cambio constitucional²⁷. Así entendidas las constituciones, como instrumentos a través de los cuales se pueden construir acuerdos o pactos sociales que tienen por objeto asegurar la convivencia democrática de una sociedad, la asamblea constituyente tiene importantes ventajas sobre otras formas menos participativas de elaboración constitucional. De manera consistente con ello,

27 En los procesos de elaboración constitucional verificados en los últimos quince años (2000-2015) a nivel global, las Asambleas Constituyente han sido el mecanismo más utilizado para estos efectos (41% de los casos), seguida por los Congresos Constituyentes (35% de los casos). En el contexto de América Latina, un 46% de los 28 cambios constitucionales verificados desde 1947 a la fecha se han materializado a través de este mecanismo (PNUD, 2015).

el constitucionalista Ghai (2006) considera la Asamblea Constituyente como:

...una expresión de la soberanía popular, un reflejo de la diversidad, y como un vínculo con carácter de contrato social en su sentido amplio que tendrá la versión definitiva de la constitución. Se recurre a ella para desarrollar un consenso en sociedades profundamente divididas y para definir la identidad nacional. Este énfasis refleja la naturaleza de muchas constituciones contemporáneas, a saber documentos producto de la negociación, vías para salir del estancamiento político y étnico, ejercicios para construir y consolidar la paz, resolver conflictos internos, manejar la diversidad y dirigirse hacia lo inclusivo. (pp.15 y 16).

El mismo Ghai sostiene que la fuerza y legitimidad de una Asamblea Constituyente dependerá en su grado de inclusividad. Al respecto señala la importancia de la participación, además de la de los partidos políticos, de otros grupos e intereses, incluyendo mujeres, personas discapacitadas, minorías, sindicatos, el sector privado, la sociedad civil y los movimientos sociales. Su representación en esta instancia "...abrirá puertas a la reconciliación de comunidades que se sienten marginadas del sistema político vigente... y garantizará una justicia social para todos." (Ghai, 2006, p. 27).

Este análisis tiene particular pertinencia en estados pluriétnicos y plurinacionales, donde los pueblos indígenas han sido históricamente excluidos de los procesos de elaboración de los textos constitucionales, como en el caso de Chile. Se trata de una exclusión, que como señaláramos, ha generado una creciente conflictividad entre el Estado y los pueblos indígenas. Ello, en particular, aunque no exclusivamente, en el caso del pueblo mapuche en el centro sur del país. La intensidad de este conflicto - el que ha sido equívocamente identificado por la prensa como "el conflicto mapuche", como si el Estado no tuviese responsabilidad

alguna en su generación y prolongación en el tiempo – y los niveles de violencia que ha alcanzado, incluyendo la violencia represiva del Estado y aquella reactiva que ejercen las comunidades, hacen de este, sino el conflicto socio político más grave del país, uno de los más graves. Teniendo presente la importancia de los procesos constituyentes para arribar a textos que reflejen una visión compartida de Estado, y la inclusión en ellas de las diversidades existentes en su interior, incluyendo por cierto la diversidad de pueblos que habitan en el, es que la participación de pueblos indígenas en dichos procesos constituye una oportunidad única para abordar dicha conflictividad y buscar causas de resolución a los mismos. La experiencia internacional da cuenta de que cuando no existen tales causas consensuadas, dicha conflictividad crece y se expresa de manera extra institucionales, exacerbando conflictos que se expresan de manera violenta y se tornan inmanejables (Stavenghagen, 2000).

Todo lo anterior lleva a reafirmar que en los estados compuestos por una diversidad de pueblos, un proceso constituyente inclusivo de dichos pueblos, con una participación proporcional a su población, en base a criterios de auto identificación, y en ejercicio de su derecho de libre determinación, será un espacio privilegiado para poner término a las exclusiones históricas que están a la base de los conflictos interétnicos, y avanzar hacia la construcción de nuevas formas de relación basadas en el reconocimiento del carácter pluriétnico y plurinacional de los estados. Ello por cierto es aplicable al caso de Chile.

**Experiencias
comparadas de
reconocimiento
de derechos de
pueblos indígenas**

IV



Crecientemente los pueblos indígenas, hasta hace poco excluidos de la construcción de las cartas fundamentales de los estados producto de los procesos de dominación colonial e invisibilización de la que han sido objeto, han comenzado a participar de los procesos constituyentes en distintas regiones del planeta. Aunque los niveles y modalidades de dicha participación varían de contexto en contexto, ellos han tenido incidencia en los textos constitucionales a que estos procesos han dado lugar, en particular en aquellos estados en que ellos han sido elaborados a través de asambleas constituyentes democráticamente electos. Ello se refleja en un reconocimiento creciente de dichos pueblos, de sus derechos colectivos, y en algunos casos, como en América Latina, en la reforma del carácter de los estados los que han pasado a reconocerse como plurinacionales.

A continuación analizaremos las experiencias comparadas en el reconocimiento de derechos de pueblos indígenas en América Latina. También se intenta visibilizar en aquellos casos en que la participación y agencia indígena en dicho reconocimiento fue relevante, la forma en que esta se manifestó en los procesos de elaboración constitucional.

Derechos de pueblos indígenas en los textos constitucionales de América Latina

La emergencia de los pueblos indígenas como actores políticos gravitantes en la mayor parte de los países de la región se expresó con fuerza a contar de la década de los ochenta. Ella se manifestó a través de procesos organizativos indígenas, desde el nivel local hasta el nivel estatal y supraestatal, en casi todos los países de la región.²⁸ Tales procesos encontraron fundamentación en, entre otros fenómenos, las amenazas de proyectos de “desarrollo” impuestos en sus territorios; su creciente vinculación con otros movimientos indígenas a través de su participación en foros internacionales; y los procesos de democratización verificados en la región. Dichos procesos dieron origen, en diversos contextos, a movimientos políticos indígenas a través de los cuales participaron –no sin dificultades– en instancias de representación electiva en los estados o incidieron en la elección de representantes a nivel de gobierno.²⁹

La organización y movilización indígena en reclamo de sus derechos colectivos fue determinante en las transformaciones jurídicas y políticas introducidas por la mayor parte de los estados a contar de los ochenta, en un proceso que ha sido conocido como la reforma del Estado (Assies 1999). De acuerdo a Yrigoyen (2011), a la fecha se han verificado tres ciclos de las reformas jurídico-políticas introducidas en la región en relación con los pueblos indí-

28 Ejemplo de ello son la Organización de Nacionalidades Indígenas de Colombia (ONIC), la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), la Unión de Nacionalidades Indígenas (UNI) de Brasil y la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB), creadas a nivel estatal en los años ochenta. A nivel supraestatal destacan la Coordinadora de Pueblos Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), entidad creada en 1992, y la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, que agrupa a pueblos indígenas de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Chile, creada el 2006.

29 Así por ejemplo, en el caso de Bolivia, los pueblos indígenas, en alianza con otros sectores, lograron la elección de Víctor Hugo Cardenas como vicepresidente

genas. El primer ciclo, verificado durante la década de los ochenta, antecediendo la aprobación en 1989 del Convenio N° 169 de la OIT, se expresó en las constituciones políticas (CP) de Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y en Brasil (1988), en cuyos textos se reconoce y protege la diversidad cultural indígena. Junto con ello en estas reformas se reconoce a los pueblos indígenas derechos sobre la tierra, y en el caso de Nicaragua, formas de autonomía política en los territorios en que habitan.

De especial interés es el caso de la CP de Nicaragua (1987), la primera en reconocer el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas en la región. Ello al establecer el derecho de las comunidades de la Costa Atlántica a sus propias formas de organización social históricas y culturales, y a la libre elección de sus autoridades y representantes (artículo 180). Dicha CP entrega a la ley la organización del régimen de autonomías, la regulación de sus atribuciones de sus órganos de gobierno, y su relación con otros órganos del Estado (artículo 181).

También relevante es el caso de la CP de Brasil (1988), la que reconoció a los denominados “indios” su organización social, costumbres, lenguas, creencias, tradiciones y los “derechos originarios” sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, estableciendo la obligación de la Unión de demarcarlas, protegerlas y hacer respetar sus bienes (art. 231). Dicha CP definió como tierras tradicionalmente ocupadas por los indios aquellas que, además de haber sido habitadas por ellos con carácter permanente, son utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural según sus usos, costumbres y tradiciones. (art. 231 N° 1). Dispone además, que tales tierras deben destinarse a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo sobre las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes (art. 231 N° 2).³¹

Un segundo ciclo de reformas se desarrolló en los noventa, luego de la aprobación del Convenio 169 de la OIT, y fuer-

de la República en 1993. Para el 2005 los indígenas representaban el 15% de los integrantes del Congreso. En el caso de Ecuador, el partido Pachakutik creado por el movimiento indígena llegó a contar a inicios de la década del 2000 con 11 de 100 diputados así como importante número de prefecturas municipales y alcaldías (Aylwin, 2014)

- 30 Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales. El Estado garantiza a estas comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y diputados. (artículo 180 CP Nicaragua)
- 31 En forma pionera en la región, la CP reconoce que se trata de “derechos originarios”, admitiendo por tanto que son anteriores al Estado brasileño y se basan en la ocupación tradicional. Consecuentemente, el objetivo de la demarcación de las tierras indígenas es solo precisar su extensión para asegurar la efectividad de la obligación que la CF impone al Estado de darles protección. Con todo, de acuerdo a esta CP, dichas tierras serían de propiedad de la Unión, y no de los indígenas.

temente influenciado por sus contenidos. Como parte de este ciclo, numerosos estados reformaron sus CP o adoptaron nuevas en las que se reconoció a estos pueblos como sujetos colectivos, estableciéndose en ellas un conjunto de derechos políticos de participación, consulta y de autonomía (Colombia 1991; México 2001), así como también derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. Ello además de un conjunto de derechos de carácter lingüístico y cultural. Tales reformas constitucionales enfatizaron la naturaleza pluricultural, multicultural o multiétnica de los estados (Colombia, 1991; México 1992 y 2001; Perú, 1993; Bolivia, 1994; Ecuador, 1998; Venezuela, 1999).

Este segundo ciclo, que ha sido caracterizado como el del constitucionalismo multicultural (Hale, 2002) o multicultural liberal (Aparicio, 2011), incluyó también el reconocimiento de derechos de representación política especial indígena (Colombia y Venezuela), así como del derecho consuetudinario indígena, tanto dentro de la jurisdicción del Estado como a través de los sistemas de justicia indígena (México, Ecuador, Colombia y Perú). Dicho reconocimiento viene a cuestionar el monismo jurídico que ha sido característico de los estados latinoamericanos desde su conformación en el siglo XIX, para abrir camino al pluralismo jurídico, integrando junto al derecho estatal, los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas (Yrigoyen, 2011). Igualmente, derechos de autonomía o autogobierno de los pueblos indígenas, a través de diferentes figuras y niveles (resguardos, entidades territoriales indígenas, circunscripciones territoriales indígenas, municipios), fueron establecidos en las CP de Colombia, Ecuador y de México, como lo habían sido establecidos por Nicaragua en 1987.

De particular relevancia es el caso de la CP de Colombia (1991), la que junto con establecer el carácter pluriétnico y multicultural de la Nación colombiana (artículo 7) dispone que los pueblos indígenas estarán representados por dos senadores elegidos mediante circunscripción electoral nacional y un número de representantes de la Cámara determinado por ley (artículo 171)³². Además, junto con brindar protección a los resguardos indígenas como pro-

32 Ello mediante el establecimiento de un número adicional a los 100 integrantes del Senado de dos senadores a ser electos por comunidades indígenas mediante el sistema de cuociente electoral en circunscripción nacional especial. Los representantes indígenas deben haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su comunidad, o liderazgo de una organización indígena (artículo 171). Las circunscripciones electorales especiales para la Cámara de Representantes que establecieron la participación grupos étnicos (art.176), fueron reglamentadas por la Ley 649 de 2001, creando cinco cupos para representantes electos por circunscripciones especiales, además de los 161 electos a nivel nacional, entre ellos uno para las comunidades indígenas, para los que se establecen los mismos requisitos que los establecidos en la CP para los candidatos indígenas al Senado.

riedad colectiva y no enajenable (artículo 329), reconoce los territorios indígenas. Así junto con otorgarles la calidad de entidades territoriales (ETI) para efectos político-administrativos (artículo 286), dota a estas entidades de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro del marco legal y constitucional. (artículo 287), entregando su conformación a la ley (artículo 329). De acuerdo a la CP de 1991 tales territorios indígenas, serán gobernados por concejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres (artículo 330). La misma CP, además, reconoce en su artículo 246 a las autoridades de los pueblos indígenas funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, estableciendo como límites a dicha jurisdicción, el que no sean contrarias a la misma CP y las leyes.

Igualmente relevante es la reforma a la CP de México de 2001, en la que junto con disponer que “la Nación Mexicana es única e indivisible”, se reconoce a estos pueblos el derecho a la libre determinación, derecho que “...se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional” (artículo 2). De acuerdo a dicha reforma (artículo 2), esta autonomía establece, entre otros derechos de estos pueblos, a “...decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural” (I); a “...elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados”; (III) y a “...elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos” (IV). La regulación de estos derechos, al igual que la de los demás reconocidos en esta carta, es entregado a las constituciones y leyes de las entidades federativas, en este caso “...con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas” (artículo 2).

Las CP de este segundo ciclo de reformas constitucionales referidas a los pueblos indígenas en la región, sin embargo,

fueron fuertemente influenciadas por el liberalismo dominante en la época. Fue en ese período que filósofo canadiense Kymlicka promovió, con gran difusión en la región, la ciudadanía diferenciada o multicultural, la que suponía el repudio a la antigua ideología de un Estado, una nación, una lengua. En su reemplazo Kymlicka (1996) propuso reconocer los estados multinacionales, así como la existencia de los indígenas y grupos nacionales sub-estatales que los integran. Para ello planteó la inclusión dentro del Estado de derechos especiales, los que incluyen desde la autonomía regional, el autogobierno, el estatus de las lenguas, el derecho consuetudinario, los reclamos de tierras, hasta los derechos especiales de representación.

El constitucionalismo multicultural de los noventa, si bien brindó un reconocimiento formal a los pueblos indígenas marginados, vino a legitimar políticas económicas liberales y privatizadoras impulsadas en el contexto del consenso de Washington, las que impactaron adversamente a los pueblos indígenas. Tales reformas, por lo mismo, no lograron introducir cambios sustanciales en las estructuras uninacionales, monoculturales y hegemónica de los estados (Walsh 2008). Ello determinó la existencia de una importante brecha de implementación de los ordenamientos constitucionales (Stavenhagen 2006), la que se manifestó en, entre otros aspectos, la distancia entre las disposiciones constitucionales y la norma legal y reglamentaria vigente; la ausencia de mecanismos para hacer exigibles los derechos reconocidos constitucionalmente; y, en la falta de recursos o de voluntad para impulsar políticas públicas para hacerlos efectivos.

Tal realidad dio origen a distintas estrategias indígenas en diversos contextos de la región, entre ellas, aquellas orientadas a disputar espacios políticos dentro de las instituciones políticas de los estados, incluyendo las estrategias de participación de los pueblos indígenas en procesos electorales. Claro ejemplo de ello fueron aquellas estrategias desarrolladas por los pueblos indígenas en Ecuador y en Bolivia, estados en los que su peso demográfico les permitió, a través de partidos políticos u organizaciones propias o en

alianza con otros sectores, participar en procesos electorarios y lograr espacios en instancias de representación popular. Fue a través de esta estrategia de participación indígena que se dio origen, precisamente en estos dos estados, al tercer ciclo de reforma del Estado, el que ha sido denominado constitucionalismo plurinacional (Yrigoyen, 2011) o constitucionalismo dialógico e intercultural (Aparicio, 2011). Ello a través de la aprobación, mediante procesos democráticos e interculturales con activa participación de los pueblos indígenas, de nuevas CP aprobadas el 2008 en el caso de Ecuador y el 2009 en el caso de Bolivia. Ambas cartas fundamentales vinieron a deconstruir la ficción del Estado-nación en que las repúblicas de la región fueron creadas en el siglo XIX, para reconocer su carácter plurinacional. Como sintetiza de Souza Santos la esencia del Estado plurinacional es el "... reconocimiento de la existencia de diferentes conceptos de nación y de su coexistencia en el mismo ...: la nacionalidad boliviana o ecuatoriana coexistiendo con las nacionalidades quechua, aymara, guaraní y otras." (De Souza Santos y Grijalva (eds), 2012: 25)

Las mismas cartas fundamentales vienen a reconocer derechos y establecer instituciones y mecanismos con miras a permitir una distribución del poder entre los distintos pueblos o naciones que conforman los estados. Dichas cartas, además, profundizan el cuestionamiento de las reformas multiculturales de los noventa al paradigma del monismo jurídico inherente a los "estados-nacionales" para proponer reconocer el pluralismo jurídico inherente a la diversidad de pueblos y naciones en ellos existentes (Yrigoyen, 2011).

A diferencia de las reformas del segundo ciclo antes referido, que estuvieron marcadas por el Convenio 169 de la OIT, los textos constitucionales aprobados como consecuencia de estos procesos se vieron claramente influenciados por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), aprobada por la Asamblea General de esta entidad el 2007. Ambos textos constitucionales, el de Ecuador (2008) y el de Bolivia (2009), junto con reconocer la diversidad de pueblos y naciones

en ellos existentes pasan a definir los estados como plurinacionales, sin cuestionar, sin embargo, la unidad del Estado (artículo 1 CP de Ecuador; artículo 1 CP de Bolivia). La plurinacionalidad se vio enfatizada en el caso de Bolivia, al ser incorporada en la estructura y organización funcional del Estado. Ello a través de una Asamblea Legislativa Plurinacional, con circunscripciones especiales indígenas y con la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (NPIOC) (artículos.145-147), y de un órgano judicial y un tribunal constitucional con el mismo carácter y composición plurinacional, también con representación de estos pueblos (artículo 178).

Otra característica común a ambas CP es que proponen la interculturalidad como forma de relación entre los pueblos diferenciados que habitan en ellos. Dicha interculturalidad se ve expresada en el deber del Estado de promover el buen vivir como legado cultural de los pueblos indígenas (*samak kawsay* en quichua) (Preambulo CP Ecuador) o de proteger principios ético-morales de la sociedad plural de los conceptos indígenas (quechua y guaraní entre otros), entre otros, el *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), el buen vivir o vida buena; la tierra sin mal (artículo 8 CP Bolivia). En el caso de Ecuador, además, se incluye en la CP un conjunto de derechos del buen vivir, entre los que se encuentran el derecho al agua y a la alimentación, al medio ambiente, a la comunicación e información al hábitat y vivienda, el trabajo, etc. (artículo 12 y sigts). En la misma la CP de Ecuador esta se manifiesta, además, en la inclusión de los derechos de la naturaleza, la que viene a romper con el paradigma predominante de que solo los individuos o los grupos pueden ser sujetos de derecho. Se trata, según Zaffaroni (2009) de una contribución de las culturas andinas al constitucionalismo moderno y en general a la humanidad.

También gravitante es el reconocimiento explícito que hace la CP de Bolivia del derecho de las NPIOC a su libre determinación, el que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades

territoriales (artículo 2). De manera menos explícita, la CP de Ecuador reconoce el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar sus propias formas de organización y convivencia social y de generación y ejercicio de autoridad en sus territorios; derecho a conformar circunscripciones territoriales indígenas (artículo 60). Las mismas cartas potencian el reconocimiento de los sistemas de justicia indígenas y su administración por las autoridades indígenas de acuerdo a sus propias normas y procedimientos en base a su derecho propio, dentro de su ámbito territorial (artículo 171) y la jurisdicción indígena originaria campesina, la que se ejerce por sus propias autoridades en base a sus normas y procedimientos (artículos 179 y 190).

Finalmente, ambas cartas fundamentales reconocen a los pueblos indígenas derechos territoriales, incluyendo derechos de posesión y propiedad ancestral de sus tierras y territorios (artículo 57 CP Ecuador y artículos 2 y 30 CP Bolivia), así como derechos de usufructo, conservación y administración de recursos naturales (artículo 57 CP E); y participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios (artículo 30 CP B). Vinculado a estos recursos, y como una expresión de sus derechos políticos de participación en el Estado, la CP de Ecuador reconoce a los pueblos indígenas derechos de consulta previa, libre e informada frente a la exploración y explotación de dichos recursos, a la participación en los beneficios de su explotación (artículo 57), y la de Bolivia, el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan (artículo 30).

Lamentablemente, al igual que en el caso de las constituciones multiculturales de los noventa, es posible constatar en el caso de las CP de Ecuador y Bolivia importantes brechas en la implementación de sus contenidos referidos pueblos indígenas, en particular sus derechos de libre determinación, autonomía, consulta y consentimiento libre previo e informado. Ello, además de generar frustraciones y distanciamientos de los movimientos indígenas con los gobiernos que promovieron las transformaciones consti-

tucionales, antes aliados, han gatillado graves crisis políticas que se prolongan hasta hoy en ambos estados.³³

Con todo, ambas cartas fundamentales, y los procesos transitados por los pueblos indígenas para llegar a ellas, han tenido un impacto significativo los discursos y prácticas de los pueblos indígenas en la región. En efecto, como señaláramos al referir a las demandas de libre determinación y plurinacionalidad levantadas por los pueblos indígenas en Chile en el marco del proceso constituyente en desarrollo, resulta evidente la influencia que en ellas han tenido cartas fundamentales de Ecuador y Bolivia. También lo han tenido en la reivindicación de su inclusión en los procesos de elaboración constitucional.

- 33 Más allá de la ausencia o demora en la regulación y establecimiento de institucionalidad y políticas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en estas cartas fundamentales, la mayor brecha de implementación constitucional identificada en ambos estados, ha sido aquella referida a la incapacidad de los gobiernos que promovieron estas CP (Rafael Correa en el caso de Ecuador y Evo Morales en el caso de Bolivia), de hacer efectivo los derechos del buen vivir, y relacionado con ello la libre determinación de los pueblos indígenas. Tales derechos constitucionales, lamentablemente quedaron muchas veces subordinados a las políticas extractivistas o neoextractivistas (Svampa, 2019) impulsadas desde los estados, las que a la postre serían impuestas contra la voluntad de estos pueblos en ambos contextos, generando crisis políticas de gran magnitud hasta hoy vigentes en ambos contextos.

Participación indígena en los procesos constituyentes

2

La organización y movilización indígena ha sido determinante en las transformaciones jurídicas y políticas introducidas por la mayor parte de los estados de América Latina a contar de los ochenta. Es así como en la mayoría de los procesos constituyentes que dieron origen a las reformas constitucionales y nuevas constituciones se contó con importante participación indígena.

Así en el caso de Colombia (1991) la Asamblea Constituyente, la que tuvo 74 miembros, contó con dos escaños reservados para pueblos indígenas, electos en un padrón especial y en representación proporcional a su población (cercana al 3%). En el caso de Venezuela (1999), su Asamblea Constituyente contó con tres cupos, reservados para pueblos indígenas, de un total de 131 integrantes, también proporcional a su población (2%), los que fueron electos a través de una circunscripción especial (Aylwin, 2014; PNUD, 2015). La reforma a la CP de México de 2001, si bien fue elaborada por el Congreso de la Unión, sin una representación indígena, estuvo gatillada por los Acuerdos de San Andrés sobre Derechos y Cultura Indígena celebrados en 1996 entre el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el gobierno de México luego del alzamiento zapatista de 1994³⁴, y la movilización del movimiento masiva de pueblos indígenas (Marcha por la Dignidad) hacia su sede en el DF

34 En estos Acuerdos el Gobierno de la Unión se comprometió a modificar la Constitución Nacional para reconocer los derechos de los pueblos indígenas de México, incluyendo la libre determinación, autonomía y participación.

de México durante su debate, donde la intervención de sus representantes fue crucial para su aprobación. (López Barcenás, 2016)

Como fuera señalado, las CP de Ecuador y Bolivia fueron generadas con una importante actoría política indígena. En efecto, ellas emanaron de asambleas constituyentes electas por sufragio popular, con representación -aunque insuficiente - de los pueblos y nacionalidades indígenas, y luego ratificadas mediante referéndum. Así, en el caso Ecuador (2008) la Asamblea Constituyente contó con la participación de 5 asambleístas de pueblos indígenas electos en distritos provinciales y nacionales de un total de 124 asambleístas, insuficiente en relación a su población total (7% del total según CEPAL, 2014).³⁵ Finalmente, en el caso de Bolivia, los pueblos indígenas podían, al igual que los partidos políticos y las agrupaciones ciudadanas, presentar candidaturas para la Asamblea Constituyente. Del total de 255 integrantes de dicha asamblea, el 56 % pertenecía a un grupo indígena-originario, la mayor parte quechua y aymara, muchos propuestos directamente por sus comunidades e incorporados en las listas del Movimiento al Socialismo del Presidente Morales Garcés F. Sist, 2010). Se trata de una participación cercana a la demografía indígena estimada en 62% de la población total del país (CEPAL, 2014) . Lo anterior da cuenta de una tendencia regional creciente, cuyo fundamento último se encuentra en los derechos humanos de aplicación general y específica referidos a pueblos indígenas, tendencia a la que Chile difícilmente puede abstraerse.

35 De acuerdo a la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente de Bolivia de 6 de marzo de 2006, 210 asambleístas fueron electos por 70 circunscripciones a nivel nacional, en tanto 45 lo fueron por circunscripciones plurinominales departamentales. Muchos de los asambleístas indígenas eran parte del Pacto de Unidad que agrupaba a sus principales organizaciones y respaldaba al Presidente Evo Morales.

Reflexiones finales



Como hemos visto en este análisis, no obstante la preexistencia a la república de los pueblos indígenas, y su importante demografía actual, estos pueblos han sido históricamente negados y excluidos por el Estado chileno. Esta realidad, consecuencia de la concepción mono étnica que ha prevalecido en las elites que han controlado el país y han construido el “Estado- nación”, se refleja no solo en todas las constituciones políticas hasta ahora existentes, sino también en la exclusión de los órganos electivos que toman decisiones que les conciernen. Junto a ello han sido desposeídos de sus tierras y recursos, y como consecuencia de ello sus integrantes han sido empobrecidos. La persistencia de este proceso de desposeimiento hasta la actualidad, en el contexto de la presión globalizadora sobre los territorios indígenas, ha generado una gran conflictividad entre el Estado, las empresas y los pueblos indígenas. Dicha conflictividad, en particular en el caso del territorio ancestral del pueblo mapuche, ha alcanzado niveles de intensidad y violencia que determina que este posiblemente constituya el conflicto socio político más crítico del país.

También hemos visto que la participación de los pueblos indígenas en los procesos constituyentes como el que ac-

tualmente vive el país, tiene importantes fundamentos en el derecho internacional de los derechos humanos, tanto general como particular, que les es aplicable. Tales derechos incluyen la igualdad y no discriminación, el derecho a la participación política y el derecho a la libre determinación de los pueblos, todos derechos a los que Chile está obligado internacionalmente mediante los tratados de derechos humanos que ha ratificado. Más allá de estos fundamentos jurídicos, hemos subrayado la importancia de aquellos fundamentos de carácter político de dicha participación, los que derivan de la naturaleza misma de las constituciones. Ello toda vez que estas, junto con constituir instrumentos legales, son también instrumentos políticos y sociales que permiten abordar los conflictos que existen en una sociedad y darles cause institucional para su tratamiento y superación. Por lo mismo, solo la inclusión de todos los sectores y diversidades que integran un Estado, incluyendo en este caso a los pueblos indígenas, permitirá la adhesión de dichos sectores y diversidades a ella, y como consecuencia de ello su efectividad.

Finalmente hemos visto que la participación de pueblos indígenas en procesos constituyentes en América Latina, fundada en los derechos colectivos que internacionalmente les han sido reconocidos, y como consecuencia de la actoría política y movilización indígena, ha sido creciente. Ello ha determinado que los textos constitucionales de la región hayan progresivamente avanzado desde su negación como pueblos al reconocimiento en algunos contextos de importantes derechos políticos, territoriales y culturales que les corresponden como tales. Más recientemente, en particular en los casos de las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), se ha revisado en ellas la concepción misma del Estado para dar cuenta de su diversidad indígena y de su concepción plurinacional e intercultural.

De lo anterior se desprenden importantes desafíos para el proceso constituyente en desarrollo en Chile. Ello teniendo presente que la institucionalidad vigente en Chile hasta ahora, a poco tiempo del plebiscito de abril de 2021 que elegirá los integrantes de la Convención Constitucio-

nal, no considera espacios que aseguren la participación de los pueblos indígenas en dicho órgano encargado de la elaboración del texto constitucional, a ser ratificado por la ciudadanía posteriormente. Tales desafíos, si bien atañen principalmente al Estado y a la sociedad chilena, también atañen a los pueblos indígenas.

En el caso del Estado, el principal desafío radica en la capacidad de sus instituciones - en particular de los órganos colegisladores (ejecutivo y legislativo) y de los partidos políticos en ellos representados- de entender la importancia de la inclusión, a través de escaños especiales que permitan una representación proporcional a su población de los pueblos indígenas en la Convención Constitucional a ser electa en abril próximo. Dicha participación debe ser entendida como una posibilidad única para abordar un conflicto histórico, derivado de la concepción mono étnica del Estado antes referida, que junto a la exclusión política y económica de los pueblos indígenas, y a la imposición de un modelo económico extractivista en sus territorios, ha generado una conflictividad cada vez mayor. De no considerarse dicha inclusión, es muy posible que este conflicto histórico tome otros caminos, como ha ocurrido en otros contextos geográficos, y el enfrentamiento prevalezca sobre el diálogo y el entendimiento los distintos pueblos que habitamos en Chile.

En el caso de los pueblos indígenas, que como viéramos en este análisis, tienen en su interior, al igual que como ocurre al interior del pueblo chileno, una diversidad de visiones y opiniones sobre el proceso constituyente en desarrollo, resulta fundamental su disposición a participar del mismo si se logran abrir los espacios para ello en el órgano constituyente. Es efectivo que derechos como aquellos sobre sus tierras y territorios de ocupación tradicional, la libre determinación y la autonomía, les han sido reconocidos a los pueblos indígenas por el derecho internacional que les es aplicable. Y aunque varios de estos derechos están contenidos en tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía superior, en la práctica si tales derechos no son reconocidos en el orden constitucional, quedan subordinados políticas públicas e intereses privados que colisionan

con ellos, y que a la postre impiden las posibilidades para su ejercicio. Lo mismo cabe señalar sobre la matriz mono étnica del Estado, la que de no sustituirse por una concepción e instituciones plurinacionales, termina por excluir a los pueblos indígenas de participar, cuando así lo desean, de la conducción del Estado y del control de sus vidas.

Por otro lado, es efectivo que la experiencia comparada aquí analizada da cuenta que el simple reconocimiento constitucional de derechos colectivos, e incluso de la plurinacionalidad del Estado, como ha ocurrido en el constitucionalismo latinoamericano más reciente, no asegura por sí solo las transformaciones que se demandan y anhelan. La única garantía posible para el ejercicio de derechos es la agencia que los pueblos indígenas puedan desarrollar en defensa de los derechos conquistados en un ordenamiento normativo constitucional. Ello, que resulta ser de la esencia de las luchas de todos los pueblos por el ejercicio de los derechos humanos a lo largo del tiempo, no puede ser diferente en el caso de los pueblos indígenas en Chile.

La participación indígena en este proceso implica no tan solo la identificación de dirigentes y líderes indígenas que puedan representar adecuadamente y defender su visión en la Convención Constitucional, sino también la participación masiva – proporcional a su demografía- en el proceso electoral previsto para estos efectos en abril de 2021.

Es de esperar entonces que todos los actores de la sociedad chilena, en particular el gobierno y los partidos políticos hasta ahora reticentes a esta demanda mayoritaria de los pueblos indígenas en el proceso constituyente, y que los propios pueblos indígenas y sus organizaciones representativas, tengan la capacidad para entender la oportunidad única que un proceso constituyente inclusivo de estos últimos representa avanzar hacia el establecimiento en Chile de nuevas formas de convivencia interétnica, más justas e inclusivas. También la oportunidad que un proceso constituyente con estas características significa para poner fin a las invisibilizaciones y exclusiones de las que dichos pueblos han sido objeto a través de la historia del país.

Referencias



Agrupación Changos Camanchacos Sector Salitres et al.,(Octubre 12, 2020)- “Carta pública de organizaciones Pueblos Originarios sobre reforma constitución y escaños reservados”. Disponible en <https://observatorio.cl/carta-publica-ante-nulo-avance-de-reforma-constitucional-sobre-escaños-reservados-y-participacion-de-pueblos-origi-narios-en-el-congreso-nacional/>

Anaya, J. (2008). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. Naciones Unidas Asamblea General A/HRC/9/9 11 de agosto de 2008. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/9/9>

Aparicio, M. (ed.) (2011) *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, Barcelona: Icaria.

Assies, W. (1999). “Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina”, en Assies, W. et al. eds., *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, Zamora, Michoacán: El Colegio de Michoacán.

Aylwin, J. (2014). *Derechos políticos de los pueblos indígenas en Latinoamérica. Avances y desafíos*. Mexico D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Disponible en: https://www.te.gob.mx/sites/default/files/cuaderno_25_je.pdf

Aylwin, J. (2017). “Proceso constituyente en Chile: Análisis crítico desde la perspectiva de derechos humanos”, en Aylwin, J. y Mariman, J. (2017) *Proceso constituyente en Chile. Análisis crítico desde la perspectiva de los derechos humanos y la plurinacionalidad*. Observatorio Ciudadano. Disponible en: <https://observatorio.cl/proceso-constituyente-en-chile-analisis-critico-desde-la-perspectiva-de-los-ddhh-y-de-la-plurinacionalidad/>

Aylwin, J. (Coord.), Meza-Lopehandía, M. y Yañez, N. (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago, Lom Editores.

Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003). *Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*. Disponible en <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/268>

Comisión Económica para América Latina (2014). *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía*. Santiago, Naciones Unidas.

Comisión Económica para América Latina (2020) *Los pueblos indígenas de América Latina- Abya Yala y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Tensiones y desafíos desde una perspectiva territorial*. Santiago, Naciones Unidas. Disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45664/1/S2000125_es.pdf

Comité de Derechos Humanos (Naciones Unidas) (1984). *Observación General N° 12. Derecho de libre determinación (artículo 1)*.

CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia (2020). “Superficie de tierras indígenas, según títulos de dominios inscritos en el Registro de Tierras Indígenas.” Información obtenida por Transparencia, marzo de 2020.

Coordinadora Arauco Malleco (2020). “Comunicado público”. En Díaz, F.. CAM responsabiliza al Estado por muerte de carabinero y se adjudica 16 ataques a forestales. *Bio Bio*, 31 de octubre de 2020. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-la-araucania/2020/10/31/cam-responsabiliza-al-estado-por-muerte-de-carabine-ro-y-se-adjudica-16-ataques-a-forestales.shtml>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Sentencia en caso *Norín Catrیمان y otros (Lonkos*,

dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Sentencia caso *Yatama vs. Nicaragua*.

De Souza Santos, B. y Grijalva Jiménez eds. (2012) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito; Abya Yala- Rosa de Luxemburgo. Disponible en http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf

Donoso, S. y Palacios C. (2018). *Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: Aportes para un debate*. Disponible en politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2018/03/PDF-Temas-103-Indigenas.pdf

Ghai, Y. (2006). *La asamblea constituyente en la elaboración de la constitución política*. Estocolmo: IDEA. Disponible en: http://www.marcaac.cl/site/wp-content/uploads/2014/09/Yash_Ghai_Constituent_Assemblies_Spanish_final_text_for_workshop_17july06-copia.pdf

Garcés, F. (2010). El Pacto de Unidad y el Proceso de Construcción de una Propuesta de Constitución Política del Estado https://redunitas.org/wp-content/uploads/2019/04/PACTO_UNIDAD.pdf

Guerra, F. y J. Aylwin (2018). *Derechos Humanos y pueblos indígenas. Marco jurídico, obligaciones estatales, implicancias para la actividad empresarial y acceso a la justicia*. Disponible en <https://observatorio.cl/derechos-humanos-y-pueblos-indigenas-marco-juridico-obligaciones-estatales-implicancias-para-la-actividad-empresarial-y-acceso-a-la-justicia/>

Hale, Ch. (2002). "Does multiculturalism menace? Governance, cultural rights and the politics of identity in Guatemala". *Journal of Latin American Studies*, vol. 34: 485-524

Hesse, Konrad (2011). "Concepto y Calidad de la Constitución" En P. Cruz Villalón y M. Azpitarte (eds.), *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Huilcaman, A (2020). Carta a Quintana Leal, Presidente del Senado de la República de Chile. En Romero, N. "Aucan Huilcaman. El Estado Plurinacional no ha resuelto nada en relación a los pueblos indígenas." Revista de Frente 3 febrero 2020. Disponible en <http://revistadefrente.cl/aucan-huilcaman-el-estado-plurinacional-no-ha-resuelto-nada-en-relacion-a-los-pueblos-indigenas/>

International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA) (2014). *What is a Constitution? Principles and concepts*. Disponible en <https://www.idea.int/publications/catalogue/what-is-a-constitution>

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018). "Mapa de conflictos socioambientales en Chile". Disponible en <https://mapaconFLICTOS.indh.cl/#/>

Instituto Nacional de Estadística. *Censo de población 2017*. Disponible en: <http://www.censo2017.cl/>

Kymlicka, Will. 1996. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.

Ministerio de Desarrollo Social. *Resultados pobreza CASEN 2017*. Disponibles en http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/Resultados_pobreza_Casen_2017.pdf

López Bárcenas, F. (2016) "Los Acuerdos de San Andrés, proceso constituyente y reconstitución de los pueblos indígenas." *En El Cotidiano*, núm. 196, marzo-abril, 2016, pp. 87-94. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/325/32544732009.pdf>

Ministerio de Desarrollo Social. (2017). Informe Final. Sistematización Proceso de Consulta Constituyente Indígena [pdf].

Nogueira, H. (2009). “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional” En Revista *IUS ET PRAXIS* - AÑO 15 - N°1 pp.229-262. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v15n1/art07.pdf>

Observatorio Económico Social de la Región de la Araucanía (UFRO)(2019). *Radiografía de la pobreza comunal de la región de la Araucanía - Casen 2017*. Disponible <http://oes.ufro.cl/index.php/oes-ufro/estadisticas/sociales/2018-2/send/36-informes-2019/399-radiografia-a-la-pobreza-comunal-casen-2017>

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2015). *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis de la experiencia comparada*. Santiago: PNUD. Disponible en https://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/library/democratic_governance/mecanismos-de-cambio-constitucional-en-el-mundo.html

Proceso Participativo Constituyente Indígena. (2017, Mayo). *Sistematización del proceso participativo constituyente indígena*. (<http://www.constituyenteindigena.cl/>): http://www.constituyenteindigena.cl/wp-content/uploads/2017/05/Sistematizacion_Proceso_participativo_constituyente_Indigena2.pdf

Senado (2020). “Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Proyecto de reforma constitucional para reservar escaños a representantes de los pueblos originarios en la integración del órgano constituyente que se conforme para la creación de una nueva Constitución Política de la República”. BOLETÍN N 13.129-07, 6 de noviembre de 2020).

Servicio Electoral, Resolución 2837 de 2010. Disponible en: <http://cdn.servel.cl/transparencia/normativa/Res02837-2010.pdf>

Stavenhagen, R. (2000). *Conflictos étnicos y estado nacional*. México D.F. Siglo XXI Ed.

Stavenhagen, R. (2006). *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen** Addendum, United Nations, E/CN.4/2006/78/Add.5 17

Svampa, M. (2019). *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina. Conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependencias*. Alemania: Bielefeld University Press, Disponible en http://www.calas.lat/sites/default/files/svampa_neoextractivismo.pdf

Walsh, C. (2008). *Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad; Las insurgencias político-epistémicas de refundar el estado*. Disponible en www.revistatabularasa.org/numero_nueve/08walsh.pdf

World Bank (2020). Chile Forest Note. Washington, DC: World Bank. Disponible en <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/379851591243537122/chile-s-forests-a-pillar-for-inclusive-and-sustainable-development-country-forest-note>

Yrigoyen, R. (2011). “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez C. coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI.*, 139-59. Buenos Aires: Siglo XXI Editores

Zaffaroni, R. (2009). “La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia”. En *Nuevo constitucionalismo ambiental (Perspectivas desde lo plurinacional comunitario)*. Alcira Calizaya y E. Raúl Zaffaroni, 35-62. Uru uru Marka, Bolivia: Latinas Editores.

