

Documento de Trabajo N° 9

Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas

Con especial referencia al derecho a la consulta

Por Matías Meza-Lopehandía Glaesser*



Observatorio Parlamentario
Junio de 2010

* Abogado, Miembro del equipo jurídico del Observatorio Ciudadano y su Programa de Derechos de Pueblos Indígenas. Este trabajo se basa en su tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencia Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, titulada *Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento*, sin publicar, 2009.

Tabla de Contenidos

1.A modo de Introducción

2.Elementos centrales del estándar internacional de derechos fundamentales de Pueblos Indígenas: a) Los indígenas como pueblos; b) La autodeterminación y autonomía; c) Derechos territoriales; d) Del derecho a la consulta previa al consentimiento previo libre e informado de los Pueblos Indígenas: de poblaciones a pueblos

3.La vigencia en Chile de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile: el bloque de constitucionalidad y el derecho internacional

4.La Constitución de 1980: ¿es posible proyectar el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en la institucionalidad vigente?: a) el artículo 1º; b) el artículo 2º; c) el artículo 3º; d) el artículo 4º; e) el artículo 5º.

5.La reforma propuesta y sus alcances: análisis del articulado propuesto a la luz del derecho internacional

6.Lineamientos para una reforma que permita el ejercicio de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas: a) Algunas ideas para concretar el derecho a la consulta en materia constitucional; b) un texto para aportar a la discusión

7.Conclusión



Este trabajo está protegido por licencia Creative Commons Atribución-Licenciar Igual. Puede ser reproducido, distribuido y adaptado libremente citando la fuente. Las obras que utilicen parte o todo este material deben regirse por la misma licencia.

1. A modo de introducción

Desde hace veinte años se ha venido discutiendo en nuestro país una reforma constitucional relativa a los pueblos indígenas. En un comienzo esta iniciativa se centró en un reconocimiento de la existencia de dichos pueblos y su presencia en los territorios que habitan con anterioridad a la conformación de los Estados. Esta demanda, al igual que el movimiento que la sostuvo, fue de carácter continental, y alcanzó su objetivo en mayor o menor medida en casi todos los países de la región.¹ Sin embargo, al poco andar, la experiencia demostró que el simple reconocimiento de la preexistencia no era suficiente, y era necesario transformar la institucionalidad de manera de permitir el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en el sentido que éstos estaban siendo reconocidos en el derecho internacional.²

Lamentablemente el camino para el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas ha sido largo y difícil. El tema ha estado presente en Chile desde los inicios de la transición democrática. De hecho, a partir de los acuerdos de Nueva Imperial -en que el entonces candidato presidencial Patricio Aylwin se comprometió con las principales organizaciones indígenas a impulsar, entre otras cosas, el reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas “y sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales”-³ se han presentado diversos proyectos de reforma que han puesto el énfasis en el reconocimiento, pero han olvidado el segundo elemento del compromiso, permitir el ejercicio de sus derechos fundamentales. El primero de ellos fue presentado por el Presidente Aylwin en 1991. El Congreso aprobó la idea de legislar al año siguiente sobre la base de un texto que recogía en lo medular la propuesta presidencial.⁴ Durante los más de 8 años de tramitación, el proyecto sufrió una serie de modificaciones, quedando su texto consolidado de la siguiente manera: ***“El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes la participación que les corresponde”***⁵. Finalmente, la iniciativa fue desechada por falta de quórum a finales del año 2000⁶.

¹ De particular relevancia resultan en este sentido las reformas constitucionales impulsadas en Panamá (1971), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), El Salvador (1992), Guatemala (1992), México (1992 y 2001), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994 y 2009), Ecuador (1994, 1998 y 2008) y Venezuela (1999) reconociendo a los indígenas sus derechos individuales y/o colectivos.

² Específicamente nos referimos al desarrollo que se ha dado desde los años 70's en los diferentes foros internacionales. Algunos hitos de este recorrido son la firma del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989), la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la sentencia del caso *Awá Tigni* de 2001 y en las Naciones Unidas a partir del Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (1994-2008), aprobada en su Asamblea General en septiembre de 2007 por más de 140 países, incluyendo a Chile.

³ CARTA DE RESPUESTA AL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (GINEBRA) DEL DELEGADO PRESIDENCIAL PARA ASUNTOS INDÍGENAS, 12 de mayo de 2009, p. 1.

⁴ Señalaba lo siguiente: *“El Estado reconoce y ampara a los indígenas que integran la nación chilena y velará por su desarrollo y su adecuada protección jurídica”*.

⁵ COORDINACIÓN NACIONAL Y DE POLÍTICAS Y PROGRAMAS INDÍGENAS, *Pueblos Indígenas*.

Documento de trabajo sobre Reconocimiento Constitucional, Gobierno de Chile, 2005, p. 6. La **negrita** es nuestra.

⁶ Los 69 votos a favor contra 3 y 9 abstenciones no fueron suficiente para su aprobación debido a que la modificación

Durante la reforma constitucional de 2005 se volvió sobre el tema. A lo largo de la discusión se fueron consolidando dos tendencias o posiciones más o menos ajustadas a la dicotomía gobierno/oposición. Una impulsa la consagración en la Carta Fundamental de la existencia de los “pueblos indígenas” que “*forman parte de la nación chilena*” y “*habitan su territorio*” y la otra, más limitada propone reconocer la “*diversidad de origen*” de los chilenos, que los indígenas constituyen “*parte esencial de las raíces de la Nación Chilena*” y que tienen derecho a fortalecer su identidad.⁷ Pese a los matices, ambas posturas concuerdan en lo medular, y ninguna de ellas satisface ni las reivindicaciones indígenas ni el estándar internacional de derechos de pueblos indígenas. Como señala Marco Aparicio “*hay que hablar de una incapacidad de entender la libre determinación fuera de los esquemas conceptuales propios del Estado-Nación, de la soberanía estatal, de la unidad de poder y ordenamiento jurídico.*”⁸

Al comienzo de su mandato, el Presidente Piñera anunció la suma urgencia del proyecto relativo al reconocimiento constitucional.⁹ El 12 de octubre de 2010, tras el cese de la huelga de hambre que sostuvieron por más de 80 días los comuneros mapuche procesados por ley antiterrorista, aceleró el proceso priorizando el proyecto con discusión inmediata.¹⁰ En este marco, el Observatorio Parlamentario presenta este documento de trabajo para contribuir a enriquecer la discusión al interior del Congreso y estimular la participación ciudadana e indígena en dicho proceso. Todo ello desde los lineamientos que nos entrega el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos.

Para ello, revisaremos los elementos centrales del estándar internacional de derechos fundamentales de pueblos indígenas y su vigencia y obligatoriedad en el sistema normativo chileno. Luego verificaremos el contenido actual de la Constitución chilena a la luz de este estándar y sus limitaciones y posibilidades. Finalmente analizaremos el articulado de la reforma propuesta a la luz del derecho internacional.

recaía sobre normas contenidas en las “*Bases de la Institucionalidad*” requería de un quórum de 2/3 de los diputados en ejercicio, esto es 80 diputados.

⁷ COORDINACIÓN NACIONAL..., p. 6.

⁸ APARICIO W., Marco, *El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación*, en BERRAONDO, Mikel (coord.), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto p. 419

⁹ Disponible en línea <<http://www.gobiernodechile.cl/destacados/2010/05/28/presidente-pinera-pide-urgencia-para-reforma-constitucional-que-reconoce-aporte-de-los-pueblos-origi.htm>>

¹⁰ Mensaje de Ingreso N° 381-358, disponible en línea, <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5903&prmBL=5522-07>

PRIMERA PARTE

1. Elementos centrales del estándar internacional de derechos fundamentales de Pueblos Indígenas

A continuación apuntaremos tres elementos del *bloque internacional de derechos* que aparecen como las bases para que nuestro ordenamiento jurídico permita el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Nos referimos al carácter de titular de derechos colectivos de

los pueblos indígenas, el derecho al territorio, y la autonomía como concreción del derecho a la autodeterminación.

Al final de este capítulo haremos una reflexión en torno al derecho a la participación indígena y la obligación estatal de consulta previa y de buena fe, orientada al consentimiento de los pueblos indígenas frente a medidas que puedan afectarles directamente. Esto, por cuanto se trata de derechos plenamente vigentes en el ordenamiento jurídico chileno y de cuyo cumplimiento depende la legitimidad de la reforma que pretende saldar parte de la secular deuda que la bicentennial República.

a. Los indígenas como Pueblos

Durante décadas, el carácter de pueblos de los indígenas y sus comunidades fue negado tanto por los Estados en que habitaban como por la comunidad internacional. Sin embargo, a partir de los años 70's el tratamiento de aquellos como simples minorías étnicas comenzó a ser fuertemente cuestionado, no sólo por los propios indígenas, sino también por personeros de la academia y de foros internacionales tan relevante como Naciones Unidas. De hecho, el Relator Especial para Pueblos Indígenas de Naciones Unidas Miguel Martínez Cobo, en un informe que le tomó cerca doce años completar señaló que *“no he podido hallar argumento jurídico suficiente para que pueda defenderse la idea de que los indígenas han perdido su personalidad indígena internacional como naciones/pueblos”*¹¹

La trascendencia de esta disputa se refleja en el consenso alcanzado a finales de la década de los 80's, mediante la suscripción del Convenio 169 de la OIT. Este alude directamente a los pueblos indígenas como sujeto de los derechos que reconoce, sin embargo restringe la utilización del término *"pueblos"* en cuanto este *"no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional"*¹²

Con el correr de los años, la balanza se fue inclinando hacia el reconocimiento del carácter de pueblos de los indígenas. Así por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, al evacuar sus observaciones al Quinto Informe Periódico presentado por el Estado de Chile en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 40 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos fundó su recomendaciones relativas a la situación del pueblo mapuche en el artículo 1

¹¹ Documento E/Cn.4/Sub.2/1999/20-22 de junio de 1999, párrafo 265.

¹² Artículo 1.3 del Convenio 169 de la OIT.

párrafo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Esta norma reconoce expresamente que *“todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación...En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus medios de subsistencia”*. De esta manera el organismo de Naciones Unidas estableció que los *mapuche* son un pueblo como cualquier otro, y que por lo tanto tienen los derechos que el derecho internacional les reconoce a estos actores.

Este desarrollo culminó con la firma por más de 140 Estados -incluyendo a Chile- de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de la Asamblea General de Naciones Unidas. Este instrumento internacional despeja la cuestión en su artículo 1° señalando que *“los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos”*. El artículo 2° señala que *“Las personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos en cuanto a dignidad y derechos...”*, zanjando a favor de éstos la dilatada discusión.

La cuestión del reconocimiento del carácter de pueblos de los indígenas es central, toda vez que con ello pasan a ostentar la titularidad de los derechos colectivos que a éstos corresponden. Entre aquellos está el derecho a la libre determinación y consiguientemente, el derecho a disponer *“todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales”*.¹³

De esta manera, cualquier reforma constitucional debe ser explícita y unívoca en reconocer que los indígenas son titulares de los derechos que les corresponden en tanto pueblos.

b. Autodeterminación y Autonomía

La cuestión del reconocimiento de los Pueblos Indígenas como sujetos de derecho siempre ha causado resistencia en los Estados donde habitan por implicar el derecho a la autodeterminación. Sin embargo, la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas no sólo declara que los indígenas son pueblos como la misma dignidad y derechos que todos los demás pueblos de la Tierra, sino que explicita que *“tienen derecho a la libre determinación”* y *“[e]n virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”*.¹⁴

¹³ Artículo 1.2 Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y 3 de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

¹⁴ Artículo 3 DDPI.

Hasta ahora, este derecho ha sido ejercido sólo para formar nuevos Estados. Por esto, y en función de calmar los temores estatales a la desintegración, es que la Declaración aclara que “[n]ada de lo señalado en la presente Declaración... se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.¹⁵ Sin embargo, los pueblos indígenas reivindican su propia forma de ejercer su derecho a la autodeterminación, esto es, la autonomía, la cual ha sido recogida en el artículo 4º de la propia Declaración que señala: “**Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas**”.

Pero, ¿qué es la autonomía? No se trata de la creación de un nuevo Estado dentro de un Estado o que se separa de éste, sino de un ámbito territorial en que los pueblos indígenas pueden dirigir por sí mismos su vida interna, a través de sus instituciones y costumbres propias. Es el reconocimiento de una nueva comunidad política en el seno de la comunidad nacional, con un gobierno propio *autogenerado*, con competencia y facultades legislativas y administrativas al interior del territorio autónomo.¹⁶ Se genera así un espacio político para ejercer los derechos históricos, sociales, económicos y culturales de un pueblo que aspira a concretar políticamente su diferencia dentro del Estado-Nación, permitiendo su continuidad histórico-cultural en un marco que supere el actual estado de conflictividad,¹⁷ sin negar la soberanía estatal.

Los derechos colectivos específicos que se reconocen el ámbito territorial de su ejercicio, la distribución de competencias en relación a las del Estado y las demás cuestiones dependerán de las circunstancias específicas en que se establece el estatuto autonómico. En todo caso, para asegurar las garantías individuales, dicho estatuto debe fundarse en la solidaridad y fraternidad entre los diferentes grupos étnicos; la igualdad de trato entre los ciudadanos independiente de su adscripción étnica y la igualdad entre los grupos étnicos.¹⁸

De esta manera, la reforma constitucional debería recoger los contenidos proclamados en el artículo 4º de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas. De la misma manera, se puede incluir una cláusula que refuerce la integridad estatal de la misma manera que lo hace la Declaración en el artículo 46.1 arriba citado.

¹⁵ Artículo 46.1 DDPI.

¹⁶ DIEZ-POLANCO, *Autonomía Regional. La autodeterminación de los pueblos indios*, 4a edición, 2004, México, Siglo XXI editores, pp. 151.

¹⁷ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los Derechos de los Indígenas: algunos problemas conceptuales*, en Nueva Antropología, Vol. XIII, n° 43, México, 1992, p.98ss.

¹⁸ SÁNCHEZ, Consuelo, *Los Pueblos Indígenas: del indigenismo a la autonomía*, México, Siglo XXI editores, 1999, p. 228.

c. Derechos Territoriales

Los proyectos de reforma constitucional que se han propuesto en las últimas décadas en relación a los pueblos indígenas, por lo general se han referido a las tierras indígenas, omitiendo cualquier alusión a los territorios indígenas. La diferencia entre uno y otro concepto es clave desde el punto de vista del ejercicio de los derechos. El primero, se refiere a un estatuto especial para determinadas porciones de suelo fundada en la idea liberal clásica de propiedad privada e individual que no responde al ideario indígena ni a su “*milenaria relación [con] su hábitat natural*”.¹⁹ El concepto legal de *tierra indígena* no comprenden el subsuelo, ni el agua ni los demás recursos que en ella se encuentran, permitiendo la fragmentación del hábitat, su regulación bajo estatutos diferenciados (derecho de aguas, derecho minero, derecho del medio ambiente, etc) y la asignación de la titularidad de su dominio en forma separada e individual. Esto imposibilita el ejercicio del derecho de la autodeterminación -que necesita de un ámbito de autonomía territorial donde concretarse- y violenta la *cosmovisión indígena* en la que la comprensión de la totalidad como categoría esencial implica una vinculación mucho más estrecha entre las personas y su entorno, particularmente con la tierra. Esta última cuestión es recogida por la Ley de Desarrollo Indígena 19.253 de 1993, actualmente vigente, que en su artículo 1º reconoce que para “*los indígenas de Chile...la tierra [es] el fundamento principal de su existencia y cultura*”. Paradójicamente, este trascendental enunciado, ha tenido pocas implicancias prácticas, lo que se manifiesta en la actual situación de conflicto entre el Estado de Chile y los Pueblos Indígenas, cuya principal reivindicación es la restitución de sus tierras y aguas.

Por su parte, el Convenio 169, establece que los estados deben respetar la importancia especial que para los pueblos indígenas tiene la tierra y el territorio, entendidos como “*la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera*”.²⁰ El Convenio agrega que debe reconocerse el derecho de propiedad y posesión que les corresponde sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y debe garantizarse la posibilidad de utilizar las tierras a las que históricamente han tenido acceso, aunque no estén exclusivamente ocupadas por ellos.²¹ Por su parte la Declaración en su artículo 26.1 establece el derecho de los Pueblos Indígenas “*las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido*”, incluyendo de esta manera no sólo las que “*tradicionalmente ocupan*” si no también respecto de aquellas que han sido desposeídos ilegítimamente. Esta idea se refuerza con el

¹⁹ CHIRIF, *et al.*, *El indígena y su Territorio*, 1991, p. 26, citado en Revista Asuntos Indígenas, número 4, 2004, p.4.

²⁰ Artículo 13 del Convenio 169 de la OIT (Cº169).

²¹ Art. 14.1 Cº169.

contenido del artículo 28 que establece:

[el] *derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha recogido y desarrollado el derecho a la tierra en su jurisprudencia. A partir del caso *Awás Tigngi*, ha insistido en la importancia de reconocer la estrecha vinculación de los pueblos originarios con sus tierras, destacando que “*debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica*”.²² A partir de esta constatación, declaró la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, para que se les reconozca la propiedad sobre ella.²³ De esta manera, la CorteIDH reconoció la propiedad ancestral indígena y la fundó no en el reconocimiento oficial del Estado sino en el uso y posesión tradicionales que de ellas tuvieron los pueblos indígenas.²⁴ Para ello utilizó una interpretación evolutiva²⁵ de la garantía establecida en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona a usar y gozar de sus bienes y señaló que ésta “*protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal*”.²⁶ Cabe señalar que Chile es parte de dicha Convención, y los derechos que reconoce constituyen un límite al ejercicio de la soberanía del Estado.

Para permitir el ejercicio de los derechos colectivos indígenas es que el concepto de *tierras indígenas* ha dado paso al de *territorio indígena*. Este último es más bien una propiedad colectiva *sui generis* que contiene formas de tenencias que transitan entre lo colectivo, lo individual y lo supracolectivo (religioso, político); que recae sobre la integridad del espacio y los recursos que en éste se encuentran e implica derechos de antiguas y futuras generaciones. En este sentido, el territorio se vincula con el pueblo y no con un individuo determinado, del mismo modo en que el territorio de un Estado pertenece a él o los pueblos que lo constituyen y no puede ser enajenado. Se trata de un derecho político más que de un derecho civil, más de una cuestión de *imperium* que de

²² Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awás Tigngi* vs. Nicaragua (2001), párr. 149.

²³ *Ídem*, párr. 151.

²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, Luis, *op. cit.*, p. 189.

²⁵ Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awás Tigngi* vs. Nicaragua (2001), párr. 146; Yake Axa, párr. 125

²⁶ Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awás Tigngi* vs. Nicaragua (2001), párr. 148.

dominium.²⁷

Estas ideas han sido recogidas por la CorteIDH, la que en sucesivas sentencias, ha ido desarrollando el concepto de territorio indígena. De hecho incorporó a la protección del artículo 21° de la Convención la noción de territorio que abarca la protección de “*los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos*”.²⁸ O sea, la CorteIDH ha reafirmado que la protección del derecho de propiedad en el sistema interamericano incluye la propiedad comunal de los indígenas sobre sus tierras, sus territorios ancestrales y sus recursos naturales, puesto que de otra manera “*el derecho a usar y gozar de su territorio carecería de sentido*”.²⁹

De la misma manera, la CorteIDH estableció que el derecho al territorio incluye “*administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales*”³⁰. La misma ha sostenido que de otro modo, “*equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas*”³¹ y se estaría poniendo en jaque la supervivencia de los indígenas como pueblos organizados³². Todo esto en consonancia con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.³³

En consonancia con los argumentos vertidos, la Corte ha señalado que los pueblos indígenas siguen teniendo derechos sobre sus territorios mientras subsista su particular relación con sus “*tierras tradicionales*”, aun cuando hayan sido despojados de su ellos hace largo tiempo.³⁴ De hecho, al respecto se ha señalado que “*la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas*” y mantienen su derecho a recuperarlas.³⁵

²⁷ GARCÍA HIERRO, Pedro, *Territorios indígenas: tocando a las puertas del derecho*, en SURRELLÉS y GARCÍA HIERRO (eds.), *Tierra adentro. Territorio y percepción del entorno*, IGWIA (documento nº39), Copenhage, 2004, p 280s.

²⁸ Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Yake Axa vs. Paraguay* (2005), párr.137. En el mismo sentido pero aludiendo a las tierras tradicionales ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad *Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2007), párr. 121.

²⁹ Corte Interamericana, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 122.

³⁰ Corte Interamericana, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 194 c).

³¹ Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2007), párr. 120.

³² Corte Interamericana, Caso *Yake Axa vs. Paraguay* (2005), párr. 147.

³³ Art. 15 C° 169. Últimamente, la Corte Interamericana ha fundado este derecho de los pueblos indígenas a sus recursos naturales en la autodeterminación que les corresponde como pueblos, recordando que el Comité de sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NN.UU ha establecido que el artículo 1 de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es aplicable a los Pueblos Indígenas (Corte Interamericana, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 93)

³⁴ Caso *Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2007), párr., 131.

³⁵ CIDH, Caso *Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2007), párr., 130. También párr 128.

En síntesis, la Corte Interamericana de Derechos humanos ha establecido una interpretación del derecho a la propiedad que incluye 1) el derecho a la propiedad comunal de los indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales, incluyendo sus elementos incorporales y los recursos naturales incluidos en aquellos; 2) el derecho de los indígenas a reivindicar las tierras de las que hayan sido despojados sin su consentimiento, mientras mantengan con ella sus vínculos particulares y subsidiariamente a obtener otras de igual valor con su consentimiento; 3) la ausencia de posesión material en sentido civilista no condiciona el derecho a recuperar sus tierras ancestrales; y 4) las dificultades para comprender el sistema de posesión de la tierra de las comunidades indígenas no constituyen un obstáculo insuperable para que los Estados cumplan con sus obligaciones.³⁶ El mecanismo institucional que se establezca para hacer posible la restitución de las tierras antiguas a las comunidades indígenas debe tener en consideración estos elementos y por lo tanto, no puede depender de la voluntad del actual poseedor (caso del modelo chileno de Fondo de Tierras) ni de la productividad del predio reivindicado (modelo Paraguayo de expropiación de tierras agrícolas).³⁷

Como puede apreciarse, los derechos territoriales -en tanto encarnan la idea de patrimonio colectivo absoluto, transgeneracional, indivisible, inapropiable, indisponible y autónomo en su administración- son fundamentales para el efectivo ejercicio del derecho a la autodeterminación y su concreción en un régimen de autonomía. Si es Estado de Chile pretende tomarse en serio el desafío de ajustar su ordenamiento jurídico al estándar internacional de derechos fundamentales para permitir la vigencia de éstos en el país, es indispensable que reconozca los derechos que les corresponden a los pueblos indígenas sobre sus territorios y los recursos que en ellos se encuentra.³⁸

d) Del derecho a la consulta previa al consentimiento previo libre e informado de los Pueblos Indígenas: de poblaciones a pueblos

El Relator Especial para Pueblos Indígenas de NN.UU, James Anaya, tras su reciente visita al país (abril de 2009) entregó un Informe de dieciséis páginas específicamente orientado a

³⁶ Este último punto fue expresado en Corte Interamericana, Caso *Saramaka* vs. Surinam (2007), párr. 101.

³⁷ Caso *Sawhoyamaya* vs. Paraguay (2007), párr., 135-141; en el mismo sentido Caso Comunidad *Yakye Axa* vs. Paraguay, párr. 97 y 98 y 143-151 (2007),

³⁸ Las recientes constituciones de Bolivia y Ecuador han reconocido derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales. Así, respecto de los recursos renovables, la Constitución ecuatoriana les reconoce el derecho a “[p]articipar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras” (artículo 57.6) y la boliviana establece el derecho “[a] la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros” (artículos 30.II.15 y 403). En cuanto a los recursos no renovables ubicados en territorio indígena, se establece la obligación de consulta a los pueblos indígenas respecto de su eventual explotación (artículos 30.II.15 y 403; y 57.7 respectivamente). En cuanto a los recursos naturales en general, sujeta su explotación a “un proceso de consulta a la población afectada [no indígena], convocada por el Estado, que será libre, previa e informada”. Respecto de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, “la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios.” (artículo 352)

establecer los principios internacionales aplicables a la consulta en relación a la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas. Este documento -que servirá de guía para esta sección- comienza señalando que la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que les afecten directamente está indiscutiblemente asentada en el derecho internacional de los derechos humanos y **su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado infractor**.³⁹ La contundencia y autoridad de la argumentación ahí vertida nos exime de adentrarnos en esta cuestión y nos limitaremos a relevar los aspectos más importantes que fundamentan esta obligación estatal.⁴⁰

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes ratificado por Chile en septiembre de 2008 establece el derecho a la consulta previa, libre e informada a propósito de diferentes materias a lo largo del Convenio y lo hace en forma genérica en el artículo 6.1 que señala que,

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

*a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, **cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente**,*⁴¹⁻⁴²

Si bien esta disposición se refiere a “*medidas legislativas*” no cabe duda que esto incluye eventuales reformas constitucionales, lo que ha sido enfáticamente afirmado por el Relator Especial.⁴³ Más aun cuando éstas son necesarias para que los ajustes legales que la implementación del Convenio requiere queden dentro del marco constitucional.

La disposición citada establece una obligación para el Estado en orden a garantizar que se

³⁹ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS (James Anaya), *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, 24 de abril 2009, [pdf], disponible en línea <<http://www.observatorio.cl/contenidos/datos/docs/20090427165918/InformeConsultaChile24Abril2009.pdf>>, párr. 11 y 26-33.

⁴⁰ Los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador que derivaron en nuevas Constituciones interculturales (2008) reconocen el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles (artículos 30.II.15 y 57.17 respectivamente).

⁴¹ Además del reconocimiento genérico referido, el Convenio establece este derecho en relación a la explotación de recursos naturales los artículos (art. 15.2); a la capacidad de enajenar sus tierras (art. 17); y frente al diseño de programas especiales de formación (art. 22).

⁴² La **negrita** es nuestra en este caso y en todos las demás citas en que no se indique lo contrario.

⁴³ RELATOR ESPECIAL..., *op. cit.*, párr. 8.

implementen procesos de consulta respecto de la adopción de medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas. El numeral 2 del mismo artículo se encarga de aclarar que no se trata de una simple transmisión de información sino que, “[l]as consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán **efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuesta**”.⁴⁴

El alcance de esta obligación ha sido objeto de la interpretación de los órganos de control de la OIT. Éstos han señalado que el deber estatal de llevar a cabo “*procedimientos apropiados*” debe entenderse “*con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No es necesario, por supuesto, que un acuerdo se logre o que se obtenga el consentimiento*”.⁴⁵ En otras palabras, el derecho a la consulta se ha entendido como algo distinto al derecho al consentimiento y sólo aquel estaría consagrado en el Convenio.⁴⁶ Sin embargo, no se debe perder de vista que la consulta previa debe concebirse como un mecanismo para garantizar los demás derechos de los pueblos indígenas consagrados en este Tratado Internacional.⁴⁷

En este sentido es que la CorteIDH ha entendido que el derecho a la consulta previa deviene en derecho al consentimiento previo, libre e informado en los casos en que los pueblos indígenas puedan verse afectados por un proyecto de desarrollo de alto impacto que “*implique una*

⁴⁴ En el mismo tenor, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas establece en su artículo 38 que “[l]os Estados, **en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración**”.

⁴⁵ Concejo de Administración de la OIT, 289ª reunión de 2004, Reclamación presentada en virtud del artículo 23 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3, párr. 89. Citado en YRIGOYEN Raquel, *Tomando en serio y pensando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación*, recurso electrónico, p. 9. El Concejo también ha establecido que “*el espíritu de consulta y participación constituye la esencia del Convenio 169 (párrafo 36 de la decisión); la consulta comporta el establecimiento de un dialogo genuino entre las partes caracterizado por la comunicaciones y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de llegar a un acuerdo...; se exige la participación libre y plena en todas las fases de los procesos y que la consulta se realice de manera previa a la adopción de decisiones*” [BERRAONDO, Mikel, *Pueblos Indígenas ante...*, op. cit., p. 22].

⁴⁶ Cuando hablamos de derecho a la consulta previa es el Estado el que decide luego de recabar la opinión de los pueblos indígenas afectados por la eventual medida. Tratándose de derecho al consentimiento previo, libre e informado, el Estado tiene como requisito *sine qua non* para autorizarla, la aceptación de aquellos para ejecutarlas. El Tribunal Constitucional chileno, en las dos revisiones que ha hecho del Convenio 169, también ha considerado el carácter obligatorio de las consultas pero su efecto no vinculante.

El derecho al consentimiento previo, libre e informado está contemplado en el Convenio 169 en su artículo 16 en relación al traslado de las comunidades indígenas de las tierras que ocupan, aunque matizado por las instrucciones que el mismo establece para los casos “*en que no pueda obtenerse su consentimiento*”. Por su parte la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas en su artículo 10 cierra esta posibilidad en cuanto reconoce un derecho fuerte a no ser desplazados por la fuerza y establece que “[n]o se procederá a ningún traslado sin el **consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso**”.

⁴⁷ *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, CEACR 2009/98ª reunión, Observación General sobre el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas, formato pdf, disponible en línea <www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf>, p. 731.

denegación de su subsistencia como pueblo”.⁴⁸ Ha hecho esto en función del respeto al derecho a la vida y a la integridad cultural de los pueblos indígenas,⁴⁹ reconocidos en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.⁵⁰ La reforma constitucional puede constituirse en una forma de denegación de la subsistencia de los pueblos indígenas en el país, en la medida que no esté orientada por los derechos fundamentales reconocidos por el derecho internacional a dichos pueblos.

Al final de este trabajo, intentaremos -siguiendo las recomendaciones del Relator Anaya- esbozar algunos lineamientos de lo que debería ser el proceso de consulta relativo a la reforma constitucional, considerando los derechos internacionalmente reconocidos expuestos en esta sección.

2. La vigencia en Chile de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile: el bloque de constitucionalidad y el derecho internacional

El Relator Especial para Pueblos Indígenas James Anaya ha llamado la atención sobre la falta de una consulta y participación adecuada de los pueblos indígenas en la tramitación de la reforma constitucional. Además ha hecho un llamado a que el contenido de la reforma se ajuste al estándar internacional de derechos de Pueblos Indígenas.⁵¹ Habiendo revisado el contenido esencial de dicho estándar, es necesario hacer incapié en la forma en que el derecho interno recepciona el derecho internacional. A continuación revisaremos brevemente porqué el Estado de Chile está obligado por los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, interpretados y aplicados conforme lo establece la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁴⁸ Corte Interamericana, caso *Saramaka vs. Surinam* (2008), párr. 128

⁴⁹ YRIGOYEN Raquel, *Tomando en serio y pensando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación*, recurso electrónico, p. 9.

⁵⁰ El derecho a la integridad cultural está recogido expresamente en el artículo Artículo 27 del Pacto de Derechos de Derechos Civiles y Políticos (1968) que establece que: “*En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*”. Además lo reconoce la Declaración de Derecho de Pueblos Indígenas (arts. 3, 5, 8, 11, 12, 14.3, 15, 31 y 36), la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de NN.UU (art. 1). También diversos órganos han hecho recomendaciones, entre ellos el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Recomendación General XXIII (51) sobre la Situación de los Pueblos Indígenas. En la normativa nacional la Ley de Desarrollo Indígena establece que: “*El Estado reconoce el derecho de los indígenas a **mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales**, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. El Estado tiene el **deber de promover las culturas indígenas**, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena*”.

⁵¹ *El estado de Chile debe consultar a los pueblos indígenas respetando las normas*, Diario electrónico Mapuexpress, 9-4-2009, disponible en línea <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=3952>, [26 de junio de 2009]

y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

_____ La Constitución chilena establece que la soberanía radica en la Nación y que es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas y por las autoridades establecidas por ella.⁵² Su ejercicio está limitado por “*el respeto a los **derechos esenciales** que emanan de la naturaleza humana*”. Así mismo, señala que “[e]s deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.⁵³ De esta manera el accionar legítimo de los organismos del Estado está limitado por este *bloque constitucional* constituido de una parte por los “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*” y por otro lado por los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en los instrumentos señalados.⁵⁴

Respecto de estos últimos no hay discusión en cuanto a que se refieren a aquellos instrumentos internacionales que tienen la calidad de Tratados Internacionales según la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados⁵⁵, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1966) que establecen el derecho a la libre determinación de los pueblos y el derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, ratificados por Chile en 1989 por la publicación de su decreto promulgatorio.⁵⁶ Así mismo, tiene tal carácter el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989 -ratificado por Chile en septiembre de 2008- que establece el estándar internacional mínimo de derechos de Pueblos Indígenas.

De esta manera, la Constitución extiende su protección hacia derechos no reconocidos expresamente en ella. Al mismo tiempo, se supera el problema que plantea la estratificación de los derechos en derechos de primera, segunda y tercera generación, que da pie para señalar que sólo los

⁵² Artículo 5° inciso 1° de la CPR

⁵³ Artículo 5° inciso 2° de la CPR. La **negrita** es nuestra.

⁵⁴ El *bloque constitucional* es el sistema de derechos fundamentales de un ordenamiento jurídico. En el caso chileno el catálogo de derechos está constituido por los derechos reconocidos en el artículo 19 y los que se incorporen por la vía de los tratados internacionales según el artículo 5 inciso 2°, lo que lo convierte en un catálogo abierto. Su alcance está dado por el principio de triple vinculación y el consagrado en el artículo 6°, que obliga al Estado frente a los individuos y viceversa y a éstos frente los demás individuos. Las formas de asegurar las garantías serían la nulidad de derecho público y su principio de juridicidad (artículo 7°), el respeto al núcleo esencial de éstas en la regulación de su ejercicio (artículo 19 n° 26), las acciones de protección (artículo 20) y amparo (artículo 21), el control de constitucionalidad *ex-ante* (artículo 93 numeral 1° y 3°) y *ex-post* (artículo 93 numeral 2°, 4°, 6° y 7°) ejercido por el Tribunal Constitucional (apuntes de clases del profesor Pablo Ruiz-Tagle Vial de la cátedra de Derecho Constitucional, año 2000, sin revisar, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).

⁵⁵ En su artículo 2.1 a) la Convención señala que “*se entiende por 'tratado' un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”.

⁵⁶ La discusión en torno al carácter de pueblos de los indígenas ha sido definitivamente zanjada a favor de estos últimos con la entrada en vigencia de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de la Asamblea General de Naciones Unidas. Tratamos el tema en la sección anterior.

primeros serían “*esenciales*” en el sentido al que apuntaría la Constitución.⁵⁷

Otra consecuencia de la interpretación democrática del inciso primero del artículo 5° es que la noción de “*derecho esenciales que emanan de la naturaleza humana*” incluye derechos reconocidos y protegidos en otro tipo de fuentes del derecho internacional distintas de los tratados internacionales propiamente tales (vg. *ius cogens*, costumbre internacional, principios del derecho).⁵⁸ Así, la costumbre internacional sobre derechos humanos se constituye también como límite al ejercicio de la soberanía estatal en los términos del ya citado artículo 5° de la CPR. Esto porque establece y cristaliza *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*.⁵⁹

De la misma manera, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana constituye parte importante del proceso de cristalización de la costumbre internacional en la materia, particularmente en lo referido a los derechos territoriales. Pero la fuerza vinculante de su jurisprudencia en el derecho interno se sostiene también en otros argumentos. Las reglas de derecho internacional de los derechos humanos, una vez constitucionalmente ratificadas pasan a integrar el sistema jurídico nacional trayendo consigo el conjunto de reglas relativas a su creación, validez, aplicación e interpretación.⁶⁰ En virtud del *principio constitucional de juridicidad* que obliga a todos los órganos del Estado a ejecutar fielmente sus mandatos y las normas creadas o incorporadas conforme a ella, los tribunales de justicia están obligados a interpretar el derecho internacional conforme lo ha hecho la Corte Interamericana, toda vez que Chile ha ratificado los Tratados Internacionales que la crean y le reconocen competencia. Así lo ha entendido la propia Corte en una sentencia en contra del Estado de Chile: “*el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”.⁶¹

⁵⁷ Aun cuando se entendiera que los derechos esenciales de los que habla el artículo 5° inciso segundo de la Constitución sólo se refieran a los derechos de primera generación como propone Luis VILLAVICENCIO (*La Constitución y los Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Cono Sur, 2001, *op. cit.*, p. 27s), los derechos de los pueblos indígenas y en particular sus derechos territoriales y autonómicos existen en función de hacer posible el ejercicio de los derechos individuales (derechos de primera generación) y son justamente límites a la soberanía estatal, en tanto transfieren algunas de sus prerrogativas a los pueblos titulares de estos derechos. La idea de que el ejercicio de derechos individuales requiere en ciertos casos el reconocimiento de derechos colectivos está desarrollada por Will KYMLICKA, en su *Ciudadanía Multicultural*, Piados, Barcelona, 1996.

⁵⁸ El derecho internacional reconoce como fuentes a los tratados internacionales, a los principios generales del derecho, las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales, la costumbre internacional y el *ius cogens*. Los principios generales del derecho provienen tanto de derecho interno -por ejemplo la cosa juzgada- como los de derecho externo -como el derecho de libre determinación de los pueblos. El *ius cogens* está conformado por aquellas normas

⁵⁹ VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, p. 123 y p. 129. La **negrita** es nuestra.

⁶⁰ FUENZALIDA, Sergio, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia indígena*, en BELLO, Álvaro y AYLWIN, José, *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*, Temuco (Chile), Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008, pp 69ss.

⁶¹ Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, pár. 124, consultado en línea el 12 de enero de 2009 [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf].

SEGUNDA PARTE

3. La Constitución de 1980: ¿es posible proyectar el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en la institucionalidad vigente?

La Constitución es la norma fundamental del Estado. Fija los principios sobre los cuales se estructura la organización política de la sociedad, establece los derechos y deberes de las personas frente al Estado y en sus relaciones recíprocas y distribuye competencias y atribuciones de los diferentes órganos públicos. La Constitución determina las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y de éstos entre sí. En otras palabras es el *marco jurídico* en que debe desenvolverse la vida pública de un país. Ninguna ley, decreto o resolución judicial puede contradecirla.

Por otra parte, la Constitución es la manifestación del pacto social que da origen a la *Organización Política de la Sociedad*, cuya legitimidad depende del hecho de ser un reflejo de la diversidad social, política y cultural de la que emerge. Por esto es fundamental que cada sociedad sea capaz de dotarse de una institucionalidad que de cabida al ejercicio de los derechos, y particularmente los que les corresponden a los pueblos indígenas, que en nuestras sociedades han sido históricamente postergados.

La Constitución emana del Poder Constituyente. Según la doctrina contemporánea, la soberanía radica en los pueblos, y son por tanto ellos los depositarios de este poder.⁶² Para modificar la Constitución hay dos medios. El primero es el ejercido por el llamado poder constituyente originario, que se manifiesta en la *Asamblea Constituyente*, que no es otra cosa que el ayuntamiento de los pueblos que se reúne para (re)definir su *Pacto Social*. No existen mecanismo formales para convocar una Asamblea Constituyente, sino que es el producto de un proceso social y político que la hace posible. El segundo mecanismo, es el que puede llevarse a cabo mediante el poder constituyente derivado, que es que ejerce el poder legislativo a través del mismo procedimiento para

⁶² “Los soberanos son los pueblos. Quien así no lo proclama como principio fundamental, queda rezagado en relación a las modernas constituciones. Es lo ocurrido con la Carta de 1980” (MOLINA, Hernán, *Derecho Constitucional*, Universidad de Concepción, 1993, p. 54).

tramitar una ley, aunque debe verificarse con quórum de aprobación más elevados que los normales.

En Chile la Constitución vigente y tres de las cuatro anteriores han sido dictadas por comisiones *ad hoc*, y no por el o los pueblos en Asamblea Constituyente.⁶³ La Constitución actual fue dictada por Pinochet en 1980, modificada y refrendada en 1989 y modificada en 2005 por el Congreso durante el gobierno de Ricardo Lagos. En esta no hay ninguna alusión directa a los Pueblos Indígenas y su entramado no está diseñado para facilitar el ejercicio de sus derechos. Sin embargo es posible intentar una interpretación democrática y republicana de su texto actual, que sirva como plataforma para su ejercicio, aunque sin duda requiere de profundas modificaciones.

La Constitución actualmente vigente consta de quince capítulos que establecen las Bases de la Institucionalidad; la Nacionalidad y Ciudadanía; los Derechos y Deberes constitucionales; los poderes del Estado, sus funciones y competencias y las de otras instituciones públicas como las Fuerzas Armadas y el Tribunal Constitucional; la división administrativa del Estado; y los procedimientos de reforma de la Constitución. De todas estas cuestiones, nos concentraremos sólo en algunas de las principales normas de las Bases de la Institucionalidad y en ciertas garantías consagradas en el capítulo relativo a los Derechos y Deberes constitucionales. La importancia de la primera de ellas consiste en que en esta parte de la Constitución se encuentra el fundamento filosófico jurídico desde donde se construye el edificio constitucional⁶⁴. O sea, aquí encontramos la orientación para interpretar las demás normas constitucionales y en general, el sistema normativo y cada una de sus concreciones.

A continuación haremos una breve exposición del contenido de la Constitución que actualmente nos rige, centrandó nuestra atención en los aspectos más relevantes para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas de manera de poder identificar los puntos desde donde se puede afirmar el ejercicio de los derechos y aquellos que es necesario modificar. Antes de entrar derechamente en el análisis cabe advertir que existen muchas otras normas relevantes en la Constitución para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Entre ellas las relativas a la nacionalidad y ciudadanía y las de administración del gobierno interior. El ejercicio pleno de los derechos de los pueblos indígenas que incluye la autonomía territorial, necesitará de modificaciones en los capítulos que tratan estas materias, cuestión que dejaremos para otra oportunidad, sobre todo considerando que las reformas propuestas aun no incluyen estas cuestiones.

⁶³ La única Constitución que sí emanó de una Asamblea Constituyente fue la de 1828, conocida como Constitución Liberal. Su vigencia fue muy breve y ya en 1833 se impuso una nueva Carta que estará vigente hasta 1925. Ese mismo año, el presidente Arturo Alessandri eligió una Comisión Constituyente que redactó una nueva Constitución que -tras plebiscito universal- rigió hasta 1973.

⁶⁴ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. La Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral*, 2a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p.17.

a. El artículo 1º

La Constitución comienza señalando solemnemente que: "**Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos**". Al vincular la libertad y la igualdad con la dignidad de las personas, la Constitución reconoce el derecho de cada quien a desarrollar su personalidad y organizar su plan de vida y a "buscar su felicidad sin que exista la posibilidad de imponer formas de vida o modelos de personalidad que se consideran más o menos valioso".⁶⁵ Por otra parte, hay que tener en cuenta que el inciso tercero dice que: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a **cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece**". Estas normas implican que **nadie puede ser forzado a vivir en una cultura distinta que la que libremente elija**. La libertad individual supone siempre un contexto de sentido desde donde significar la acción y elección individual y por eso la libertad e igualdad incluyen el derecho a pertenecer a una *cultura* (propia y/o elegida).⁶⁶ En otras palabras, la Constitución obliga al Estado a promover y proteger las diversas culturas que existen en el país porque se trata de "*condiciones sociales*" que permiten la realización material y espiritual de las personas que a ellas pertenecen. Por eso RUIZ-TAGLE señala que la noción de dignidad personal "*podría ampliarse hasta comprender la obligación del Estado de promover la dignidad de las personas... que no desean renunciar a su identidad como miembros de un pueblo originario indígena*"⁶⁷

El segundo inciso del artículo 1º dice: "*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado **reconoce y ampara a los grupos intermedios** a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y **les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos***". Esta norma contiene dos conceptos que vale la pena analizar: los grupos intermedios que estructuran la sociedad y su autonomía.

La Carta Fundamental no define a dichos grupos intermedios más allá de establecer su función -sus propios fines específicos- y su posición en la estructura socio política, entre el individuo y el Estado. La doctrina ha dicho que se trata de entes colectivos permanentes que en

⁶⁵ RUIZ-TAGLE, Pablo, *La Constitución de la Igualdad*, Borrador, Santiago (2002), pp. 220.

⁶⁶ KYMLICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Piados, Barcelona, 1996.

⁶⁷ RUIZ-TAGLE, Pablo, *La Constitución...*, p. 220.

determinada situación actúan tras determinados objetivos, como los sindicatos, juntas de vecinos o colegios profesionales.⁶⁸ Además la jurisprudencia ha establecido que son sujetos de derecho, al aceptar que reclamen derechos ante los tribunales.⁶⁹

La función *propia y específica* de los grupos intermedios es establecida por el propio grupo en ejercicio de la autonomía que la Constitución le reconoce. Sin embargo, la Carta nada señala respecto de cuales son los límites de la autonomía reconocida y simplemente remite a la ley para establecer las sanciones que merezca el “*mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos*” (art. 23 CPR).

Claramente, los indígenas son pueblos y no simples grupos intermedios, aunque hasta ahora se los ha querido encajar en esta categoría constitucional. De hecho, pareciera ser éste el estatus que la Ley de Desarrollo Indígena les reconoce.⁷⁰ Lo relevante en este punto, es que el ejercicio de su autonomía en el sentido que reconoce el derecho internacional, no puede entenderse como “*mal uso*”, toda vez que la propia Constitución incluye los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos como límite a la soberanía estatal. De esta manera, si se pretende otorgar a los indígenas la calidad de grupos intermedios, debe reconocérseles al mismo tiempo su autonomía, que no puede ser otra que la establecida en los instrumentos internacionales que rigen la materia.

b. Artículo 3°

El artículo 3° de la Constitución señala que: “*El Estado de Chile es unitario*”. ¿Qué tienen que ver esto con el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas? Algunos sostienen que esto obligaría a que exista un sólo ordenamiento jurídico que rija para todas las personas que viven en el territorio del Estado, por lo que los pueblos indígenas no podrían regirse por sus propias costumbres. Frente a ellos, destacados constitucionalistas chilenos han dicho que,

*[l]a calidad de unitario del Estado en nada pugna a que ciertas normas, por su particular razón y objetivo, no se refieran ni se apliquen a todos los miembros de la sociedad política, sino a quienes se encuentren en determinadas circunstancias... Tampoco se opone con el carácter unitario del Estado que ciertos mandatos puedan dictarse para que rijan únicamente sólo en una o varias porciones del territorio.*⁷¹

⁶⁸ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 43 y 51.

⁶⁹ Corte Suprema, 30 de junio de 1981. R. t 78, sec. 5a, p. 72

⁷⁰ El inciso segundo del artículo 34° señala que las poblaciones indígenas ubicadas en comunas y regiones de alta densidad indígena “*deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios*”.

⁷¹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op.cit.*, p. 79 .

O sea, es perfectamente posible que un Estado unitario se reconozcan autonomías territoriales a los pueblos indígenas, más aun cuando ello es necesario para que sus miembros pueden ejercer sus derechos fundamentales.

El inciso tercero del mismo artículo plantea que: *"Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional"*. La importancia de esta norma es que la regionalización puede ser algo más que la simple descentralización y desconcentración administrativa del gobierno del país. Por regionalización también se puede entender en un sentido político, como

*una agrupación humana asentada en un territorio, que presenta determinadas **características comunes** de orden geográfico, socioeconómico, de seguridad nacional, etc., y que es considerada no sólo como un objeto de administración sino también como un **sujeto responsable de su propio proceso de desarrollo**. Esta segunda visión involucra una connotación de carácter político que implica la **autogeneración de sus propias autoridades**.⁷²*

Como se ve, entender así el concepto permite el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y por ello resulta ser la interpretación más adecuada del precepto.

c. Artículo 5

El artículo 5° es uno de los más importantes en relación al ejercicio de derechos de los pueblos. Tiene dos incisos, el primero relativo a la soberanía y su ejercicio y el segundo señala los límites de ésta.

La norma citada comienza señalando que: *"La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio"*. Como puede verse, el constituyente depositó la soberanía en la Nación y luego entregó su ejercicio a dos sujetos distintos: el pueblo y las

⁷² NOGUERA, Humberto en Primer Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Senado), 6 de noviembre de 2001, p. 81.

autoridades. Con esto, intentó limitar la voluntad popular por medio de la Nación, entendiendo que esta *"está compuesta no sólo por los que aún no se incorporan a la calidad de ciudadanos... si no, además por ese eslabón de tantas generaciones que con su obra sucesiva han ido plasmando el alma nacional"*.⁷³ De esta manera la soberanía radicada en la *Nación-histórica* pasa a ser ejercida por el *pueblo-elector* y por las autoridades, quedando estas últimas en una posición de igualdad jurídica con aquella, negando la obvia subordinación a la voluntad popular a la que debe quedar sujeta la autoridad pública en una República democrática, sea en forma directa y/o indirecta.⁷⁴ Cabe recordar que el artículo 4° de la CPR señala que *"Chile es una República democrática"*.

Además de estas cuestiones que dificultan una verdadera democracia, hay otros elementos específicos que obstaculizan el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. De hecho, el concepto de Nación es perfectamente aplicable a los Pueblos Indígenas. Sin embargo, solo se reconoce una sola Nación depositaria de la soberanía. Este problema podría ser salvado si se entendiera que esta Nación está compuesta por varios Pueblos, incluyendo a los indígenas. Sin embargo, esta posibilidad se ve cerrada porque al mismo tiempo, la Constitución reconoce un sólo Pueblo que ejercita la soberanía, excluyendo así a los Pueblos Indígenas del cuerpo político. De esta manera, la Constitución obvia la pluralidad de pueblos existentes en el territorio nacional negando la dignidad de las personas que se auto-reconocen como miembros de ellos. En este caso, la reforma constitucional en el sentido de radicar la soberanía en los Pueblos de Chile -o en los pueblos que conforman la Nación chilena si se prefiere- es la única fórmula para ajustarla al estándar internacional de derechos de pueblos indígenas, y al mismo tiempo, al estado de desarrollo actual de la doctrina constitucional.

En la segunda parte del inciso en estudio se señala que *"ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio"*, lo que se complementa con lo señalado en el artículo 7° inciso 2° que dice que *"[n]inguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derecho que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes"*, so pena de nulidad y sanciones. Esto porque no es aceptable que un sector del pueblo usurpe la soberanía que corresponde a todo(s) el(los) Pueblo(s).⁷⁵

⁷³ Actas de la Comisión Ortúzar citadas en SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op.cit.*, p. 92. Señalan además que *"[la soberanía popular implica] una completa identificación entre el titular de la soberanía y el pueblo elector; el radicarla en cambio en la Nación enfatiza el concepto de que el ejercicio de la soberanía por el pueblo no puede desatender su vinculación con la realidad más profunda de la Patria"*.

⁷⁴ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op.cit.*, p. 95.

⁷⁵ La prohibición de usurpación se justifica en que la sociedad toda es la depositaria de la soberanía y no un grupo o individuo determinado, aun cuando éste pretenda justificar su usurpación en la defensa del alma nacional, la patria o cualquier otra entelequia. Este es otro argumento en favor de eliminar a la *"Nación"* como depositaria de la

Para algunos, cualquier concesión de autonomía territorial a los Pueblos Indígenas violaría estas normas. Sin embargo, lo prohibido por la norma citada es la *autoatribución* de soberanía por parte de una persona o un grupo de personas “*al margen de la Constitución y la voluntad del cuerpo político*”⁷⁶ y no a la atribución legal o incluso constitucional de *soberanía interna*, fundada en el respeto y promoción de los derechos esenciales reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes de acuerdo al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución que veremos a continuación. Por lo demás, el artículo 4° de la CPR establece que Chile es una república democrática y por lo tanto,

*se sustenta en dos principios básicos, que son **el autogobierno del pueblo y el respeto y garantía de los derechos humanos**, principios que se derivan de los valores de la dignidad de la persona humana, la libertad y la igualdad, los cuales constituyen los fundamentos básicos de nuestro ordenamiento constitucional, de acuerdo al artículo 1° de la Constitución.*⁷⁷

Por su parte, el inciso segundo del artículo 5°, que ya vimos a propósito de la recepción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico chileno y cuya importancia es fundamental, establece que :

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Para mantenerse dentro del mandato legítimo de la Carta Fundamental, los poderes del Estado y sus órganos -incluyendo la administración y la judicatura al aplicar normas legales y reglamentarias- deben respetar este *bloque constitucional de derechos* constituido por los derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos señalados que limitan el actuar tanto de los órganos del Estado como de los particulares y las formas de hacerlos efectivos. Así, ni la administración, ni los jueces ni los parlamentarios pueden violentarlos, salvo cuando colisionan dos derechos, situación en la que habrá ponderar caso a caso cual de ellos debe prevalecer.⁷⁸

soberanía (SILVA BASCUÑAN, Alejandro, op. cit., p. 99)

⁷⁶ VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, pp. 120s

⁷⁷ VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, p. 117.

⁷⁸ Un ejemplo de esta colisión de derechos es la que se puede dar entre el derecho a la propiedad privada de quien ostente el dominio de parte de un territorio indígena reivindicado y el derecho a la propiedad comunitaria de los que reclaman su restitución. Situaciones de este tipo han sido tratadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha resuelto que “*cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen*

En este *bloque de derechos* debe incluirse aquellos que *emanan de la naturaleza humana*, lo que obliga a incorporar el derecho internacional general o *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional que garantice derechos y libertades fundamentales como son los derechos humanos de los pueblos indígenas cristalizados en el ámbito internacional en el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todas estas cuestiones las revisamos en la parte de este trabajo relativa a la recepción del derecho internacional en el derecho interno.

4. La reforma propuesta y sus alcances

En virtud del principio de juridicidad y triple vinculación, la Carta Fundamental obliga a toda persona, grupo e institución, incluyendo por su puesto al gobierno, los tribunales y los congresistas. Por ello, reformarla resulta clave, sobre todo ahora, cuando se requiere ajustar la legislación chilena al estándar internacional de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, determinado por el Convenio N° 169 de la OIT y por la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, ambos instrumentos vigentes y ratificados y firmados por Chile respectivamente. Si la reforma no sigue los lineamientos internacionales, los eventuales cambios legislativos que se logren para llevar a a cabo el mencionado ajuste, podrían ser declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional y de paso, comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

En definitiva, no se trata de una simple reforma simbólica de la Constitución -como lo han señalado varios personeros de gobierno anteriores durante su discusión en el Congreso-⁷⁹ sino que es una reforma sustantiva, cuyo contenido, interpretación y aplicación será determinante para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática...la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención” (CIDH, Caso de la Comunidad Yake Axa vs. Paraguay (2005), párr. 144 y 148)

⁷⁹ Primer Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado del 30 de enero de 2009, [en línea], formato *aspx*, disponible en internet en [<http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=12045&prmTIPO=INFORMEPLY>], pp. 18s

a) Análisis del articulado propuesto a la luz del derecho internacional

A continuación analizaremos a la luz del derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas que revisamos más arriba cada uno de los incisos del proyecto de reforma constitucional actualmente en tramitación, utilizando para ello el texto con que el Senado aprobó la idea de legislar. Con esto buscamos establecer sus alcances y determinar si puede dar pie a interpretaciones restrictivas de derechos, justamente cuando la tendencia mundial es a reconocer y ampliar los derechos colectivos de los pueblos originarios.

Artículo 4° inciso 1°.- “La Nación chilena es una, indivisible y multicultural”

Los pueblos indígenas han manifestado su repudio al concepto de indivisibilidad que algunos sectores políticos se han empeñado en incluir en este *reconocimiento*, por cuanto su inclusión conlleva más bien el efecto contrario, o sea una negación de la diversidad, y revela un temor infundado a supuestos procesos separatistas que los pueblos indígenas en Chile y en el mundo nunca han promovido.

Por otro lado, el concepto de nación incorporado en la propuesta supone la negación de la plurinacionalidad a la que aspiran los pueblos indígenas, y que hoy ha sido acogida por diversas constituciones latinoamericanas, sin que ello haya significado limitaciones a la cohesión de los Estados.⁸⁰ Si se insiste en el concepto de Nación, debería explicitarse que está compuesta por varios pueblos, que son los depositarios de la soberanía, como ya lo expresamos más arriba.

Finalmente, en consonancia con la política gubernamental *“Re-conocer: pacto social por la multiculturalidad”* la propuesta recoge el concepto de multiculturalidad, el que tras dos décadas de aplicación en la región, ha demostrado ser insuficiente para la promoción de relaciones interculturales entre los sectores étnico y culturalmente diferenciados existentes en los Estados. Por lo mismo, dicho concepto ha sido sustituido en las constituciones más recientes (Bolivia, Ecuador)

⁸⁰ El artículo 1° de la Constitución de Bolivia (2008) establece que: *“Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de **Derecho Plurinacional Comunitario**, libre, independiente, soberano, democrático, **intercultural**, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el **pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país**”*. Por su parte, en la Constitución del Ecuador se define como un *“Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”*.

por el de interculturalidad y/o plurinacionalidad, los que se acercan más a las aspiraciones de igualdad en la diversidad que hoy demandan los pueblos indígenas.

Artículo 4° inciso 2° .- “El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional”.

Si bien el texto *"reconoce la existencia de los pueblos indígenas"* se les niega ser portadores de derechos, entregando tal titularidad a *"sus comunidad, organizaciones e integrantes"*. A esta arbitrariedad, inconsistente con el estándar internacional de derechos de pueblos indígenas, se suma la también arbitraria enumeración de los derecho reconocidos, que omiten los más importantes: el fundamental derecho a la autodeterminación con su concreción en la autonomía y los indispensables derechos territoriales que incluyen la administración de sus territorios y recursos naturales. Además subordina el ejercicio de los derechos al ordenamiento jurídico nacional, lo que puede volver ilusorios los efectos de la reforma.

Artículo 4° inciso 3° .- "Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes."

La redacción de este inciso es inadecuada. Por un lado es redundante, pues en el inciso anterior ya se consagró este derecho, aunque no para los pueblos indígenas sino que para sus comunidades, organizaciones e integrantes. Además, como vimos anteriormente en este trabajo, el mandato contenido en el actual artículo 1° de la CPR deja claro que los pueblos indígenas tienen este derecho pues en tanto integrantes de la comunidad nacional, el Estado está obligado *"crear las condiciones para su mayor realización espiritual y material posible"*. Por otra parte, el texto propuesto supedita el ejercicio de este derecho fundamental a la voluntad del legislador, lo cual constituye una contradicción con la limitación a la soberanía que el constituyente estableció en función de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y los reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales. En definitiva, el inciso, y particularmente su mención a la conformidad a *"las leyes"* como condición para *"organizar su vida de acuerdo a sus costumbres"* constituye incluso un retroceso para el ejercicio de los derechos de los pueblos. De hecho, debería redactarse en forma inversa, esto es, estableciendo que la ley debe permitir y facilitar que los

pueblos indígenas organicen su vida de acuerdo a sus costumbres, en conformidad a la Constitución.

“Artículo 5°.- Chile es una república democrática.”

Este texto corresponde al actual artículo 4° de la CPR que se propone pasar a encabezar el artículo 5°. Lamentablemente hasta ahora no se ha propuesto modificación alguna del inciso primero de dicho artículo, que como vimos más arriba es una de las trabas más complejas al ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

“La ley protege la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme lo establecido en la Constitución y las leyes.”

Resulta peligrosa la reducción de los derechos territoriales a la protección legal y constitucional de la *“propiedad sobre las tierras”* y el ejercicio de *“derechos de aprovechamiento de aguas”*. Respecto de las primeras, la redacción no excluye las tierras antiguas, pero sí omite la mención a los territorios, manteniendo la disección de éstos en suelo, subsuelo y aguas, lo cual dificulta el ejercicio de la autonomía territorial. En el mismo sentido, se cuida de atribuir estos derechos a *“las personas y comunidades indígenas”* y no a los pueblos, que son los titulares de los derechos territoriales. Por otra parte, la legislación actual ha mostrado ser insuficiente para la protección de las tierras antiguas, por lo que un mandato constitucional en orden a proteger la integridad de los territorios indígenas de acuerdo al derechos internacional podría ser muy provechoso para el ejercicio de sus derechos.

Respecto de la cuestión de las aguas, la situación es más grave, pues se estaría disminuyendo el derecho que actualmente tienen sobre ellas los pueblos *nortinos* en la legislación chilena. En efecto, el artículo 64° de la Ley de Desarrollo Indígena establece que aquellos tienen la propiedad y el uso de las *“aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad”*, y no sólo el *“derecho de aprovechamiento”*. La jurisprudencia ha reconocido que dicha propiedad se basa en el uso inmemorial que han hecho de las aguas por lo que se reconoce el carácter ancestral del dominio. A este respecto es emblemático en caso de la *Comunidad Atacameña Toconce* con ESSAN SA. En la sentencia, la Corte Suprema establece que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas derivada

de prácticas consuetudinarias, constituye pleno dominio por sí misma y que su inscripción es únicamente una fórmula para delimitarla con certeza. Dice la sentencia que *“es imposible calificar como ilegal el uso de las aguas sin autorización... si esa utilización deriva de prácticas consuetudinarias”* (considerando 3°). Además, agrega que el uso consuetudinario está reconocido como derecho en relación a las aguas en la propia Constitución, entendiéndolo incorporado como una *“especie de propiedad”* de las amparadas por el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental (considerando 6°).

Por cierto, la redacción del texto constitucional propuesto no es casual. De hecho, durante la discusión parlamentaria el Ministro Viera-Gallo enfatizó *“que la intención del Ejecutivo no es innovar en el estatuto jurídico de las aguas en Chile”*, de lo que se trataría es de consagrarlo constitucionalmente.⁸¹ Dijo esto ante la preocupación del Senador Larraín que expresó que,

*no es posible afirmar que existen derechos indígenas de aprovechamiento de aguas de carácter ancestral, y establecer en la Constitución Política de la República un derecho indígena de aguas es crear un nuevo estatuto jurídico que entrará en conflicto, inevitablemente, con el actual régimen de derechos de aprovechamiento de aguas que establece el Código del ramo.*⁸²

En otras palabras, se busca mantener el régimen de concesión de derechos de aguas, que en la práctica ha negado los derechos de las comunidades sobre las aguas presentes en sus territorios y desconoce sus derechos ancestrales sobre ellas, aun contra texto expreso de ley.⁸³

⁸¹ Dice textualmente: *“[se trata de] asegurar que el reconocimiento de los derechos de los pueblos e individuos a las aguas, conforme a la normativa actual, no quede excluido de esta consagración constitucional, en razón de la especial importancia que tiene la vinculación de las personas con la tierra y el agua en la cultura de los pueblos originarios”*. Primer Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado del 30 de enero de 2009, [en línea], formato *aspx*, disponible en internet en [<http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=12045&prmTIPO=INFORMEPLY>], p. 16. La **negrita** es nuestra.

⁸² *Ídem*, p. 19. La **negrita** es nuestra.

⁸³ Así lo explicó el Fiscal de la DGA ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado durante la tramitación del proyecto de reforma. Señaló lo siguiente: *“La primera distinción que cabe hacer es que no es lo mismo hablar de derechos de aguas de personas y comunidades indígenas que de aguas de propiedad indígena, porque el artículo 5° del Código de Aguas establece que las aguas son bienes nacionales de uso público y a los particulares se les otorga solo un derecho de aprovechamiento de ellas. Sin embargo, el tenor literal del artículo 64 de la Ley Indígena señala que ‘Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como ríos, canales, acequias y vertientes...’, lo cual podría implicar que hay dos tipos de agua en la legislación chilena, a saber, las que tienen carácter de bien nacional de uso público y otras, que podrían ser consideradas como aguas particulares de las comunidades indígenas del norte. Pero interpretando esta norma en consonancia con el artículo 3° transitorio, que prescribe la celebración de un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral, se concluyó que no hay un derogación tácita del régimen general sino que los derechos ancestrales dan pie a constituir derechos de aprovechamiento de aguas, según el régimen general”* (Primer Informe..., pp. 18-19).

La reforma, tal como está planteada, podría llevarnos a violentar el ordenamiento internacional de los derechos humanos, el cual debe ser respetado por todos los Estados como un bloque de derechos fundamentales internacionalmente reconocidos. Este *bloque de derechos* va más allá de determinados instrumentos internacionales, e incluye la costumbre internacional relativa a derechos fundamentales.

A continuación considerando, los elementos tomados del derechos internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas, esbozaremos ciertos lineamiento para tener en cuenta en la elaboración de nuevas propuestas de reforma constitucional.

5. Algunos lineamientos para una reforma que permita el ejercicio de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas

Dentro de los derechos que conforman el bloque constitucional, está el derecho a la consulta y participación, e incluso al consentimiento libre, previo e informado, bajo determinadas circunstancias.⁸⁴ A continuación esbozaremos algunas ideas de lo que debe ser la consulta a los pueblos indígenas relación a la reforma constitucional que pretende reconocer su existencia y garantizar sus derechos, siguiendo las recomendaciones que hizo el Relator Especial de Naciones Unidas al respecto y que analizamos en detalle en un documento anterior.⁸⁵

En cuanto a los elementos de fondo, estos deben ser establecidos a partir del proceso de consulta señalado, el cual debe contar, como se ha señalado arriba, con la participación y consentimiento de los pueblos indígenas. Sin perjuicio de ello, al final de este trabajo entregaremos un borrador de texto constitucional que pretende acoger el estándar internacional de derechos de pueblos indígenas y facilitar su ejercicio en nuestro país. Con esto pretendemos contribuir, en nuestra calidad de ciudadanos y ciudadanas activos de la sociedad civil de Chile, al establecimiento de un nuevo trato entre el Estado de Chile y los Pueblos Indígenas que permita el respeto de los derechos fundamentales de todos y todas sus habitantes.

a) Algunas ideas para concretar el derecho a la consulta en materia constitucional

⁸⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado una versión restringida de este derecho que supone que el derecho a la consulta consagrado en el Convenio 169 de la OIT se convierte en derecho al consentimiento previo, libre e informado en los casos en que la decisión consultada pueda tener efectos graves sobre la supervivencia del grupo (Corte Interamericana, *Caso Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 127 y 128). Este sería el caso de *megaproyectos* como centrales hidroeléctricas o grandes explotaciones mineras.

⁸⁵ MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías, *La obligación de consulta previa a los pueblos indígenas ante medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente*. Minuta preparada para la Presidencia de la Cámara de Diputados de la República de Chile, Observatorio Parlamentario, 24 de Junio de 2010.

Al igual que los demás proyectos de reforma constitucional en la materia, el que se encuentra actualmente en tramitación no fue consultado a ninguna organización antes de ser presentado. Luego, durante su etapa de tramitación en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, si bien fueron invitadas diversas organizaciones, sus opiniones no fueron recogidas en el Informe evacuado a la Sala.⁸⁶ Esta cuestión constituye por sí misma una infracción al derecho internacional, que como vimos, incluye el derecho a la consulta a los pueblos indígenas frente a decisiones que los afecten, el cual involucra el derecho a la participación e incluso al consentimiento previo, dependiendo del objeto sobre el cual recae la decisión y sus eventuales consecuencias sobre la vida de los pueblos indígenas, sus comunidades y miembros.

En el informe que evacuó el Relator Especial de NN.UU en su última visita a Chile, al cual ya hicimos alusión en este trabajo, Anaya señaló que la implementación del deber de consulta a los Pueblos Indígenas debe ser “*interpretado de forma flexible*”, y su concreción dependerá, entre otras cosas, del objeto de la consulta y las circunstancias en que esta debe llevarse a cabo, “*incluyendo la institucionalidad y procedimientos constitucionales*” del país de que se trate.⁸⁷ Sin perjuicio de ello, el propio Relator ha sintetizado los requisitos mínimos de una consulta para que responda al estándar del convenio 169 de la OIT. Para ello: 1. La consulta debe realizarse con carácter previo; 2. La consulta no se agota con la mera información; 3. La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes; 4. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; 5. La consulta debe ser sistemática y transparente ; 6. La consulta debe orientarse a alcanzar un acuerdo.⁸⁸

La consulta debe ser siempre previa e incluir fórmulas para recoger las observaciones, acuerdos y disensos que la propuesta provoque y eventualmente mecanismos de *contrapropuesta*, los cuales deben estar vigentes a lo largo de todas las etapas de formación de la ley que debe recorrer el proyecto. Esto por cuanto el objeto de la reforma constitucional -y por lo tanto elemento decisivo para establecer las formas que debe tomar la consulta- es permitir el ejercicio de derechos. Por ello no sólo debe llevarse a cabo una consulta sobre una propuesta de reforma *desde el Estado hacia los Pueblos Indígenas*, sino que -además de permitir las contrapropuestas- debe incluir un

⁸⁶ En la presentación del informe se señala que “[f]ueron recibidas y escuchadas por la Comisión, en cumplimiento de la obligación de consulta establecida en el Artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, las siguientes personas...” y pasa a enumerar un larga lista de personas. Sin embargo, en el contenido del informe no hay referencia alguna a sus opiniones. Aun cuando estas sí se hubiesen consignado, el procedimiento está lejos de satisfacer la obligación establecida en la disposición citada del Convenio. El informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia puede consultarse en línea en formato *word* en [http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?2,12065]

⁸⁷ RELATOR ESPECIAL..., *op. cit.*, párr. 14.

⁸⁸ RELATOR ESPECIAL..., *op. cit.*, párr. 18-41.

pre-acuerdo que defina los mecanismos y contenidos de la consulta y quienes son los actores legitimados para participar en ella.⁸⁹ Es más, el mismo texto del proyecto debió haber sido consultado antes de su tramitación parlamentaria.⁹⁰ Esta necesidad de generar mecanismos con *canales de ida y vuelta* se reafirma al recordar que todo el proceso de consulta debe estar encaminado a alcanzar el consentimiento de los pueblos indígenas en torno a la redacción definitiva del nuevo precepto constitucional. Esto no sólo por expreso mandato del Convenio N° 169 de la OIT, sino por cuanto el ejercicio del derecho a la consulta en materia constitucional, supone una nueva forma de expresión del poder constituyente, radicado en los propios pueblos indígenas, por lo que su consentimiento es indispensable.⁹¹

Ahora bien, una cuestión previa que el Relator destacó como indispensable es la creación de un clima de confianza, lo cual implica un esfuerzo tanto del gobierno como de los propios pueblos indígenas.⁹² La recomendación específica en esta materia es que exista un *pre-acuerdo* acerca del procedimiento mismo de consulta. Por ello, resulta altamente recomendable, que el gobierno convoque a una comisión *ad-hoc* con representación indígena y de la relatoría especial de Naciones Unidas con el objeto de establecer de manera consensuada un instrumento de consulta.

Aun antes de aquello, resulta necesario adoptar ciertos compromisos frente a los Pueblos Indígenas para que éstos puedan superar la desconfianza que las últimas décadas de relación con el Estado les ha generado. Medidas que apuntan en este sentido pueden ser, un compromiso oficial de seguir las recomendaciones del Relator y garantizar a los Pueblos Indígenas que no se aprobará la reforma constitucional mientras no se cuente con el apoyo mayoritario de los miembros de éstos de acuerdo a un procedimiento acordado.⁹³

A continuación presentamos una tabla que pretende sintetizar la recomendaciones del Relator asociándolas a sus implicancias y concreciones. Además incluimos ciertas sugerencias para su implementación.

Tabla N° 2. Implementación de la consulta previa en materias constitucionales

⁸⁹ RELATOR ESPECIAL..., *op. cit.*, párr. 50

⁹⁰ RELATOR ESPECIAL..., *op. cit.*, párr. 57

⁹¹ En un sentido similar, la Constitución de Bolivia (2008) entiende en general la consulta previa como una de las formas de democracia directa que reconoce (artículo 11.II.1). Así mismo, en relación a los pueblos indígenas -además de reconocerles el derecho a la consulta previa ante medidas que les afecten- la define como forma de expresión de la voluntad de la población indígena de un determinado territorio para conformar en él la "*autonomía indígena originaria campesina*" (artículo 290, 293, 294 y 295). La Constitución ecuatoriana (2008) establece la consulta como derecho de participación de todos los ciudadanos (artículo 61.4).

⁹² RELATOR ESPECIAL..., *op. cit.*, párr. 24

⁹³ Las fórmulas para garantizar dicho compromiso, pueden ser el compromiso del veto presidencial y/o el compromiso de un número de parlamentarios suficiente para impedir que una eventual aprobación cuente con el quórum legislativo necesario.

<i>Recomendaciones del Relator</i>	<i>Implicancias</i>	<i>Concreciones</i>
<i>Carácter previo</i>	Debe consultarse en todas las etapas de tramitación	El ejecutivo debe consultar a los pueblos indígenas previo al ingreso del proyecto al legislativo
	No está limitada por la propuesta inicial, sino sólo por sus ideas matrices	
<i>No se agota con la mera información</i>	Es un proceso de intercambio real y continuo	El legislativo debe consultar al comienzo y al final de cada trámite la opinión de los pueblos indígenas
	Las encuestas o comunicaciones escritas (consulta indirecta) son útiles pero no suficientes	
<i>La consulta debe orientarse a alcanzar un acuerdo</i>	Debe buscarse el consentimiento indígena	El legislador debe asimilar de buena fe las opiniones de los pueblos indígenas
<i>Debe ser de buena fe</i>	Debe generarse un clima de confianza	Debe asegurarse el consentimiento previo
		Debe haber un acuerdo previo acerca de los procedimientos de la consulta
		Debe respetarse las recomendaciones del Relator Especial
<i>Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas</i>	Debe incluir a todas las formas de organización indígena establecidas por ellos mismos	Debe asegurarse la participación más amplia y legitimada posible
	No basta con las “ <i>organizaciones más representativas</i> ”.	Debe otorgarse el tiempo necesario para que las organizaciones indígenas tomen sus decisiones conforme a sus propios mecanismos
<i>Debe ser sistemática y transparente</i>	Sus mecanismos deben ser conocidos y consensuados por todos	Debe entregarse información suficiente sobre la consulta de manera que sea conocida por los miembros de los pueblos indígenas

b) Un texto para aportar a la discusión

Después de haber revisado el estado actual del derecho internacional de los derechos

fundamentales de los pueblos indígenas y el contenido y alcance de algunas disposiciones constitucionales en función de establecer los cambios que la Carta Magna requiere para permitir el cabal ejercicio de sus derechos, nos atrevemos a esbozar una propuesta de texto de reforma constitucional que incluya las legítimas reivindicaciones de los pueblos indígenas del país a la luz del estándar internacional de derechos fundamentales revisado y adecuado al ejercicio de los derechos de los pueblos. Asimismo, intentamos en este texto recoger las inquietudes permanentemente plasmadas en el debate parlamentario sobre la materia, como un modo de incorporar la variable de posibilidad a la propuesta. De esta manera pretendemos seguir la recomendación del Relator Especial en orden a que -además de las organizaciones indígenas- “*otros actores relevantes de la sociedad civil [intensifiquen] sus esfuerzos para difundir información y el intercambio de ideas en torno a la reforma constitucional*” y contribuir a avanzar hacia una verdadera democracia intercultural.⁹⁴ En ningún caso pretendemos con esto suplantar la indispensable participación y consentimiento de los propios pueblos indígenas en esta trascendental cuestión.

La reforma propuesta incide sobre dos artículos, el 4° y el 5°:

Artículo 4°. *Chile es una república democrática.*

La soberanía reside en los pueblos que conforman la nación chilena y es ejercida por éstos directamente a través de las elecciones periódicas, plebiscitos y demás formas de participación que esta Constitución establece y mediante la delegación de su ejercicio en las autoridades que esta Constitución determina.

Mediante la adición de este segundo párrafo al actual artículo 4° se busca corregir las inconsistencias del actual artículo 5° inciso 1° en orden a establecer a “*los pueblos que conforman la nación chilena*” como depositarios de la soberanía. De esta manera se incorpora la pluralidad de pueblos que habitan el territorio en su calidad de titulares del supremo derecho a la autodeterminación, transformando la nación en un ente de composición diversa, eliminando su carácter homogeneizante, pero manteniendo su fuerza aglutinadora. Esta fórmula podría satisfacer la inquietud manifestada por diversos sectores a lo largo de la extensa discusión en orden a evitar un eventual impulso separatista con el reconocimiento de la diversidad. Así mismo, el texto abre la puerta a nuevas formas de participación como modos de ejercicio de soberanía y subordina a las autoridades a la soberanía popular al establecer que sus atribuciones son delegadas.

Artículo 5°. *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos garantizados por esta Constitución, así como por el derecho internacional de los derechos humanos.*

⁹⁴ RELATOR ESPECIAL..., *op. cit.*, párr. 12, disponible en línea ..., p. 1.

Los Pueblos Indígenas que habitan en la República tienen derecho al autogobierno en sus territorios en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a administrar los recursos naturales que en ellos se encuentren y los medios para financiar sus funciones autónomas. Esto sin perjuicio del dominio exclusivo sobre la minas que esta Constitución reconoce al Estado, el cual debe ejercerse con pleno respeto a los derechos y garantías reconocidos a los pueblos indígenas.

El Estado reconoce el dominio de los pueblos indígenas sobre sus territorios en el sentido que establece el derecho internacional pero en ningún caso el ejercicio de sus derechos los autoriza a quebrantar o menoscaba, total o parcialmente la integridad territorial del Estado.

La propuesta convierte el inciso segundo del artículo 5° en su inciso primero, elimina la referencia a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, por su indeterminación y la sustituye por una referencia al derecho internacional de los derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía además del límite ya existente establecido por las garantías constitucionales y los tratados internacionales ratificados.

El inciso segundo del artículo 5° contiene una referencia expresa a los Pueblos Indígenas y al contenido de su derecho a la autonomía territorial siguiendo la redacción del artículo 4° de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. El tercer inciso establece las bases para la reconstrucción territorial indígena orientada por los lineamientos del derecho internacional y agrega lo establecido en el artículo 46.1 de la misma en orden garantizar la integridad territorial.

Conclusión

La reforma constitucional actualmente en discusión en el Senado de la República, recientemente sometida a discusión inmediata, constituye un retroceso a los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Su texto no ha sido sometido en forma previa a consulta, ni tampoco durante su tramitación, como lo exige el derecho internacional de los derechos humanos. Como consecuencia de ello, es incapaz de satisfacer las legítimas reivindicaciones indígenas, toda vez que les niega la titularidad de los derechos que reconoce, omite referirse a sus territorios y limita el estatuto actual de las aguas indígenas.

Es necesario retirar el proyecto aludido e iniciar un proceso de consultas conforme al estándar internacional. Para ello puede ser útil convocar a la Relatoría de Pueblos Indígenas de

Naciones Unidas o al Alto Comisionado, de manera que se constituyan como garantes de un proceso indispensable para avanzar hacia una nueva convivencia con los pueblos originarios del país.