

Análisis de la propuesta de nueva Constitución

Pueblos Indígenas

AGOSTO 2022



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE



**Foro
Constitucional
UC**

Análisis de la propuesta de nueva Constitución Pueblos Indígenas

Sebastián Donoso R.

Profesor Derecho UC

Integrante de la Comisión de Medioambiente

Foro Constitucional UC



**Foro
Constitucional
UC**

CÓMO CITAR ESTA PUBLICACIÓN:

Donoso, Sebastián, 2022: Análisis de la propuesta de nueva Constitución. Pueblos Indígenas.

Foro Constitucional UC. ISBN: 978-956-14-2992-5

Este documento incluye un análisis de las normas de la propuesta de nueva constitución que se refieren a pueblos indígenas. El análisis se estructura en base a las siguientes secciones:

1. Aspectos generales y la ‘Constitución Indígena’
2. Plurinacionalidad e Interculturalidad
3. Catálogo de derechos
4. Autonomías Territoriales Indígenas
5. Tierras, territorios y recursos
6. Jurisdicción y sistemas jurídicos indígenas
7. Escaños reservados
8. Consulta y consentimiento

1. Aspectos generales y la ‘Constitución Indígena’

Parte importante de la prensa y opinión pública han descrito la propuesta de nueva constitución como una ‘constitución indígena’ o ‘constitución indigenista’.

Al respecto, no puede haber duda de que la propuesta de nueva constitución tiene un marcado ‘sello’ o ‘impronta’ indígena, por varias razones:

- (i) Porque, de aprobarse, sería la primera constitución en más de 200 años de historia constitucional que reconoce a los pueblos indígenas.
- (ii) Porque, además de lo anterior, ha sido elaborada con la participación de los propios pueblos indígenas a través de 17 escaños reservados.
- (iii) Porque el reconocimiento de los pueblos indígenas se refleja en una serie de principios, derechos, instituciones y reglas que no sólo tienen relación con los propios pueblos indígenas sino también con la convivencia entre aquéllos y el conjunto de la sociedad chilena.

En efecto, la propuesta de nueva constitución incluye 56 normas permanentes y 9 normas transitorias que buscan definir y desarrollar los principios, derechos, instituciones y reglas relativas a los pueblos indígenas. En síntesis, estas normas:

- Definen a Chile como un Estado plurinacional e intercultural y hacen de la plurinacionalidad e interculturalidad principios transversales a toda la propuesta de nueva constitución.
- Reconocen un catálogo de derechos específicos a los pueblos indígenas, adicionales a los que se reconocen a todos los habitantes de Chile, incluyendo derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

- Establecen las Autonomías Territoriales Indígenas (ATI) como entidades territoriales que forman parte de la organización del Estado y que están dotadas de autonomía política, administrativa y financiera. Reconocen además a Rapa Nui como territorio especial.
- Consagran el derecho de los pueblos indígenas a las tierras, los territorios y los recursos, incluyendo la reparación como un criterio orientador de la protección de las tierras y la restitución como mecanismo preferente de reparación.
- Reconocen los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas en un plano de igualdad y en coordinación con el Sistema Nacional de Justicia, y además le reconocen a las autoridades de los pueblos indígenas la potestad de ejercer la función de jurisdicción, es decir, administrar justicia.
- Establecen la existencia de escaños reservados para los pueblos indígenas en todos los órganos colegiados de representación popular a nivel nacional, regional y local.
- Consagran la obligatoriedad de las entidades territoriales que conforman el Estado Regional de consultar y obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todas aquellas o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos constitucionalmente, así como el derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen.
- Establecen el principio del 'buen vivir' -proveniente de la cosmovisión de los pueblos indígenas- como un principio constitucional y consagran una protección especial al uso tradicional de las aguas situadas en territorios indígenas.
- Reconocen a Chile como un Estado plurilingüe en que los idiomas de los pueblos indígenas serán oficiales en sus territorios. Reconocen asimismo los símbolos y emblemas de los pueblos indígenas.

Luego de enunciar esta síntesis, no puede caber duda de que los aspectos vinculados a pueblos indígenas tienen un rol protagónico en la propuesta de nueva constitución y le confieren un sello o impronta inconfundiblemente indígena. Desde este punto de vista, la afirmación que se ha hecho en orden a que estamos en presencia de una propuesta de 'constitución indígena' no es más que una descripción de lo que es y no implica *per se* un juicio de valor respecto a si la constitución es buena o mala en atención a dicha característica.

Es necesario clarificar, eso sí, que el descriptor ‘constitución indigenista’ es equívoco. El concepto ‘indigenista’ o ‘indigenismo’ se aplica a una doctrina o ideología panamericana que tuvo su apogeo entre 1950 y 1970 y que buscaba denunciar la “opresión del indio”, articular políticas de superación de esa opresión y manifestar el carácter mestizo del continente americano. De acuerdo con este movimiento, las políticas públicas hacia los pueblos indígenas debían concentrarse en 3 áreas: educación, arte y artesanía, y agricultura. Dada la orientación de esta ideología y el hecho que sus principales precursores no eran indígenas, el ‘indigenismo’ o ‘política indigenista’ fue muy criticada y hoy se considera superada.

Es importante agregar en este punto que el reconocimiento de los pueblos indígenas en nuestra carta fundamental es importante no sólo por el valor que tiene en sí dicho reconocimiento, sino también por dos objetivos adicionales:

- (i) Porque permite instalar al máximo nivel aquellos ‘arreglos institucionales’ que apunten a viabilizar un mejor relacionamiento, diálogo y convivencia entre el Estado, los pueblos indígenas y el conjunto de la sociedad chilena; y
- (ii) Porque, si se cumple lo señalado en el punto anterior, permite también sentar las bases para el reencuentro y reconciliación en una sociedad profundamente fracturada en su visión de los pueblos indígenas.

En las secciones que siguen se intentará dar una opinión sobre las normas de la propuesta de constitución que se refieren a pueblos indígenas y en particular sobre su aptitud para cumplir los dos objetivos recién mencionados.

2. Plurinacionalidad e Interculturalidad

La propuesta de nueva constitución define a Chile como un Estado plurinacional e intercultural. Aunque parezca innecesaria la aclaración, ambos principios -plurinacionalidad e interculturalidad- no son en principio incompatibles ni excluyentes entre sí. En esta sección se examina críticamente el tratamiento de ambos principios en la propuesta y la interacción entre ellos.

2.1 Plurinacionalidad

La propuesta de nueva constitución define el Estado como plurinacional (artículo 1° N°1) pero no explica en qué consiste, como sí lo hace con el principio de interculturalidad. A falta de una definición, el principio puede explicarse por su significado literal: busca reconocer que el Estado está compuesto por varias naciones o por una pluralidad de naciones.

Dicho lo anterior, la propuesta parece delinear el principio de plurinacionalidad conforme a los siguientes elementos:

- Coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado (artículo 5° N°1).
- Preexistencia al Estado de los pueblos y naciones indígenas (artículo 5° N°2)
- Derecho de los pueblos y naciones indígenas preexistentes al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales, en especial al derecho de libre determinación (artículo 5° N°3).
- Derecho de los pueblos y naciones indígenas a la efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones (artículo 5° N°3).
- Reconocimiento del Estado como plurilingüe y de los idiomas indígenas como oficiales en sus territorios y en zonas de alta densidad poblacional de cada pueblo y nación indígena (artículo 12).
- Reconocimiento de los símbolos y emblemas de los pueblos y naciones indígenas (artículo 13).
- Reconocimiento y protección del derecho de autodeterminación y autonomía de los pueblos y naciones indígenas, expresado especialmente en la figura de las autonomías territoriales indígenas y en el reconocimiento de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas y el ejercicio de jurisdicción por sus autoridades.
- Reconocimiento de la plurinacionalidad como un principio constitucional, orientador para el Estado y sus órganos (por ejemplo, en la función jurisdiccional, artículo 322).

Es necesario precisar que el reconocimiento de la plurinacionalidad es una opción política y no un imperativo jurídico. El derecho internacional de los derechos humanos y en particular los estándares internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas no exigen bajo ningún respecto que el reconocimiento de los pueblos indígenas a nivel constitucional deba consagrarse en clave de plurinacionalidad. De hecho, es perfectamente posible consagrar a nivel constitucional un reconocimiento robusto de los pueblos indígenas y de sus derechos sin que sea indispensable asociarlo al principio de la plurinacionalidad.

De lo anterior se desprende que, como ya se dijo, el reconocimiento de la plurinacionalidad es una opción política entre varias posibles, y como tal debe evaluarse. Al respecto, cabe hacer al menos las siguientes dos observaciones.

Por un lado, parte importante de la opinión pública ha percibido el discurso y relato de la plurinacionalidad como un elemento antagónico y excluyente, a tal punto que para muchos el reconocimiento de la plurinacionalidad es una de las principales razones que ha impedido fraguar un sentimiento de pertenencia a esta propuesta de nueva constitución como la 'casa de todos'; y por el otro, la noción de plurinacionalidad contraría lo que para muchos es un sentido de realidad sobre lo que somos como sociedad.

En efecto, el concepto de plurinacionalidad como opción política es una reacción al concepto de 'Estado-Nación' en que estaría fundado el actual pacto social, al que se acusa de basarse en la ficción según la cual somos una sociedad caracterizada por la homogeneidad y en que existe plena igualdad ante la ley y simetría de poder. Si bien se pueden compartir algunos elementos de esta crítica, eso no significa que el reconocimiento de la plurinacionalidad sea la única ni la mejor respuesta política a esa situación. Desde la sociología se dice que la 'nación' es un conjunto de personas que tienen un mismo origen étnico, hablan el mismo idioma, comparten un territorio, y comparten además vínculos históricos, culturales y religiosos. Al contrastar esta definición con la realidad de lo que somos como sociedad, si bien pueden esbozarse argumentos para sostener que la sociedad chilena está conformada por varias naciones, también pueden esgrimirse poderosas razones para afirmar lo contrario, es decir, que somos una sola nación en la que existe una gran heterogeneidad o diversidad cultural. En otras palabras, la plurinacionalidad como opción política no reconoce los innumerables matices que existen al interior de las propias sociedades indígenas y entre éstas y la sociedad chilena en su conjunto, en particular en cuanto a la densidad de los vínculos que las unen en términos de convivencia e interconexión cultural. Por otra parte, sin embargo, debe reconocerse que el actual ordenamiento no reconoce ni abraza adecuadamente la diversidad cultural, y esa es una realidad que debemos cambiar.

Por eso se ha sostenido que una vía alternativa a la plurinacionalidad es el reconocimiento de la interculturalidad, es decir, basar el nuevo pacto social en la idea que somos una sociedad en que conviven diversas culturas -incluyendo las culturas de los pueblos indígenas- y en que el Estado promueve activamente el diálogo entre esas culturas.

2.2 Interculturalidad

Si bien el principio de interculturalidad tiene más menciones que la plurinacionalidad en la propuesta de nueva constitución, es sintomático que esté pasando casi inadvertido bis a bis con la visibilidad y protagonismo que ha tenido la plurinacionalidad.

El artículo 1° ya declara al Estado como intercultural. Podría entenderse que el artículo 11 de la propuesta define el contenido esencial de este principio al señalar expresamente que “El Estado reconoce y promueve el diálogo intercultural, horizontal y transversal entre las diversas cosmovisiones de los pueblos y naciones que conviven en el país, con dignidad y respeto recíprocos”. A lo anterior se suman varias normas que establecen la interculturalidad como uno de los principios que rigen, por ejemplo, la educación o el Sistema Nacional de Salud.

Este principio de interculturalidad es un aspecto positivo de la propuesta. En efecto, el Estado primero reconoce que hay una diversidad de culturas y cosmovisiones que conviven en el país, es decir, reconoce que la interacción básica entre aquéllas es la convivencia y no la mera coexistencia. Igual o más importante, el Estado promueve el diálogo intercultural en tanto diálogo horizontal y transversal entre las diversas cosmovisiones, lo que implica superar la lógica de mera tolerancia que se ha dicho caracteriza al multiculturalismo.

Esta promoción activa de un diálogo intercultural se aprecia como un elemento positivo en un país en que existen grandes tensiones y profundas heridas en la relación ente el Estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena en su conjunto. Sin embargo, tal como ya se mencionó, aunque este principio de interculturalidad no es per se incompatible ni excluyente con el de plurinacionalidad, la forma en que se abordó e incorporó este último en el debate constituyente y en la propuesta han traído como resultado que el principio de interculturalidad esté pasando casi inadvertido.

3. Catálogo de derechos

Tal como se anticipó al inicio, la propuesta de nueva constitución reconoce un catálogo de derechos específicos a los pueblos indígenas, adicionales a los que se reconocen a todos los habitantes de Chile, incluyendo derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Estos derechos están consagrados de acuerdo con la siguiente estructura:

- Deber del Estado. El Estado tiene el deber de respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación y los derechos colectivos e individuales de los cuales son titulares los pueblos y naciones indígenas (artículo 5° N°3).

■ Titularidad de derechos colectivos. Los pueblos y naciones indígenas son titulares de derechos fundamentales colectivos (artículo 18 N°2).

■ Catálogo general de derechos de los pueblos y naciones indígenas (artículo 34). Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho:

→ A la autonomía;

→ Al autogobierno;

→ A su propia cultura;

→ A la identidad y cosmovisión;

→ Al patrimonio;

→ A la lengua;

→ Al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos;

→ A la cooperación e integración;

→ Al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades, propias o tradicionales; y

→ A participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

■ Catálogo específico de derechos de los pueblos y naciones indígenas:

→ Participación. Es deber del Estado respetar, promover, proteger y garantizar la efectiva participación de los pueblos y naciones indígenas en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones (artículo 5 N°3)

→ Educación. La Constitución reconoce la autonomía de los pueblos y naciones indígenas para desarrollar sus propios establecimientos e instituciones de conformidad con sus costumbres y cultura, respetando los fines y principios de la educación, y dentro de los marcos del Sistema Nacional de Educación establecidos por la ley (artículo 36 N°5).

→ Salud. Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales, a mantener sus prácticas de salud y a conservar los componentes naturales que las sustentan (artículo 44).

→ Semillas tradicionales. El Estado garantiza el derecho de campesinas, campesinos y pueblos y naciones indígenas al libre uso e intercambio de semillas tradicionales (artículo 55).

→ Aguas. La Constitución reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas. Es deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento (artículo 58).

→ Identidad e integridad cultural (artículo 65). Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes tienen derecho a la identidad e integridad cultural y al reconocimiento y respeto de sus cosmovisiones, formas de vida e instituciones propias (artículo 65 N°1). Se prohíbe la asimilación forzada y la destrucción de sus culturas (artículo 65 N°2).

→ Consulta y consentimiento. Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen. El Estado garantiza los medios para la efectiva participación de estos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe (artículo 66); los pueblos y naciones indígenas deberán ser consultados y otorgarán el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta constitución, en las entidades territoriales (artículo 191 N°2).

→ Tierras, territorios y recursos. El Estado reconoce y garantiza, conforme con la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos (artículo 79).

→ Conocimientos tradicionales. El Estado reconoce el derecho de los pueblos y naciones indígenas a preservar, revitalizar, desarrollar y transmitir los conocimientos tradicionales y saberes ancestrales y debe, en conjunto con ellos, adoptar medidas eficaces para garantizar su ejercicio (artículo 96 N°3).

→ Lengua. Toda persona y pueblo tiene derecho a comunicarse en su propia lengua o idioma y a usarlas en todo espacio. Ninguna persona o grupo será discriminado por razones lingüísticas (artículo 100).

→ Patrimonio cultural. Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a obtener la repatriación de sus objetos de cultura y restos humanos. El Estado adoptará mecanismos eficaces para su restitución y repatriación. A su vez, garantiza el acceso a su patrimonio, incluyendo objetos de su cultura, restos humanos y sitios culturalmente significativos para su desarrollo (artículo 102 N°3).

→ Nacionalidad. Toda persona podrá exigir que en cualquier documento oficial de identificación sea consignada, además de la nacionalidad chilena, su pertenencia a alguno de los pueblos y naciones indígenas del país (artículo 114 N°3).

4. Autonomías Territoriales Indígenas

Uno de los aspectos que más resalta en la propuesta de nueva constitución es la creación de las Autonomías Territoriales Indígenas o ATI, a las que el artículo 190 vincula estrechamente con los derechos de autodeterminación y autonomía y con el principio de plurinacionalidad.

En la propuesta, las Autonomías Territoriales Indígenas o ATI tienen los siguientes rasgos distintivos:

- Son definidas como entidades territoriales donde los pueblos y naciones indígenas ejercen derechos de autonomía en coordinación con las demás entidades territoriales, siendo deber del Estado reconocer, promover y garantizar las ATI para el cumplimiento de sus fines (artículo 234 N°1).
- Son una de las 'entidades territoriales autónomas' que forman parte de la organización territorial del Estado (artículo 187).
- Están dotadas de autonomía política, administrativa y financiera para la realización de sus fines e intereses, así como de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio.
- La ley creará un procedimiento oportuno, eficiente y transparente para la constitución de las ATI, el que deberá iniciarse a requerimiento de los pueblos indígenas interesados a través de sus autoridades representativas (artículo 234 N°2).
- La ley deberá además establecer las competencias exclusivas de las ATI y las compartidas con las demás entidades territoriales (regiones autónomas y comunas autónomas), debiendo tener aquellas competencias y financiamiento necesarios para el adecuado ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas (artículo 235).
- En su calidad de entidades territoriales, les aplica la regla de participación establecida para las mismas según la cual los pueblos y naciones indígenas deberán ser consultados y otorgarán el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta constitución (artículo 191 N°2), materia que se revisará con mayor detalle en la última parte de este documento.
- La Constitución reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en ATI, siendo deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento (artículo 58).

Concretamente, las ATI se traducirán en territorios delimitados geográficamente en que las autoridades indígenas respectivas ejercerán las competencias que una ley por dictarse les reconozca.

La creación de las ATI es tal vez una de las figuras más relevantes incluidas en la propuesta de nueva constitución. Requiere, pues, un escrutinio detallado para determinar si es una figura adecuada a la realidad de nuestra sociedad y al tipo de convivencia que queremos construir. Si hay algo que caracteriza a Chile, es la existencia de territorios compartidos, población mixta y una mayoría abrumadora de población indígena urbana. La pregunta que cae de cajón, entonces, es qué sentido tiene establecer ATI en un país con esas características. Salvo el caso de Rapa Nui, es difícil o casi imposible encontrar en nuestro país un territorio cuyas características hagan razonable y viable la creación de ATI. Por eso, lo que tenía sentido era examinar si, extraordinaria y excepcionalmente, alguna sección del territorio reúne las características que ameriten el establecimiento de un estatuto autonómico o semi autonómico. La propuesta de nueva constitución, en cambio, optó por instalarse en el extremo opuesto y asumir que todos los pueblos indígenas de Chile podrán constituir esta figura, aunque las características de sus respectivos territorios no sean adecuadas a ella.

Alguien podría sostener, no obstante, que estas objeciones pierden entidad si se atiende al hecho que la norma propuesta establece los rasgos centrales de esta figura y que su detalle ha sido entregado a la ley, la que podrá hacerse cargo de resolver éstos y otros posibles cuestionamientos. Sin embargo, las normas incluidas en la propuesta omitieron definiciones en una serie de cuestiones que son centrales, las que debieron quedar resueltas a nivel constitucional de modo de constituirse en un límite de la futura acción legislativa.

En primer término, no se sabe con certeza cómo serán establecidas, pues sólo se dice que una ley creará un procedimiento para su constitución pero dicha ley bien podría establecer que su constitución sea por vía administrativa, como incluso se propuso en algún momento por una norma que fue finalmente rechazada por el pleno de la Convención Constitucional. Al respecto, dada la relevancia de esta materia, tanto el procedimiento mismo de constitución como la creación de cada ATI específica debieran ser autorizadas por ley tras un debate democrático.

Tampoco se han establecido sus competencias, pues la norma respectiva indica que la ley deberá establecerlas agregando como único criterio orientador el que las ATI deberán tener aquellas competencias y financiamiento necesarios para el adecuado ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas. Al respecto, debe recordarse que las propuestas iniciales relativas a las ATI -rechazadas por el pleno de la Convención Constitucional- les asignaban múltiples atribuciones, incluyendo la fijación de impuestos y autorizaciones especiales para el desarrollo de actividades.

Por lo mismo, es difícil prever el alcance que podrían tener tanto las competencias de las ATI como los requerimientos de financiamiento que implicarán aquellas.

Por otra parte, no está claro cómo se delimitarán territorialmente las ATI. La norma genérica de las entidades territoriales (artículo 187) establece que su delimitación deberá considerar criterios objetivos en función de antecedentes históricos, geográficos, sociales, culturales, ecosistémicos y económicos. Sin embargo, la norma no se hace cargo del hecho que más de un 75%¹ de la población indígena es urbana, lo que plantea un cuestionamiento de fondo a las ATI como espacio de autodeterminación. En efecto, aunque la propuesta no lo señala expresamente, se subentiende que las ATI son entidades territoriales que debieran constituirse en espacios eminentemente rurales en que existe alta concentración de población indígena, lo que por definición excluye a los centros urbanos en que reside la mayor parte de la población indígena pero en convivencia con una mayoría de población no indígena.

Tampoco está claro quién podrá solicitar su creación, pues sólo se dice que el procedimiento de constitución deberá iniciarse a requerimiento de los pueblos indígenas interesados a través de sus autoridades representativas. Con esta definición, sin embargo, en un extremo podría solicitar la constitución de una ATI una sola organización indígena para un micro espacio territorial; en el otro, podría requerirlo un pueblo indígena completo. En ambos casos, pero sobre todo en la segunda hipótesis, se plantea el problema recién visto respecto a la situación de la población indígena urbana.

Además, existe la duda respecto a si las ATI y sus autoridades poseerán potestades públicas tal como otras instituciones similares y, por lo mismo, si se regirán por todas las reglamentaciones legales y administrativas correspondientes. De ser así, por ejemplo, debiesen cumplir con las normas pertinentes en materia de probidad y transparencia, o asumir responsabilidades en el campo penal, al ser asimilables a los funcionarios públicos.

Por último, dos preguntas adicionales surgen respecto a lo anterior: por un lado, si es posible que el Estado se comprometa a financiar de forma permanente instituciones respecto a las cuales no existe claridad sobre su forma de constitución y el ámbito de sus competencias; por otro, dicho compromiso de financiamiento es doblemente complejo en el caso que dentro de las competencias de las ATI se incluyeran atribuciones que entran en conflicto con las que tiene el nivel central, regional o comunal.

1 Encuesta CASEN 2017

5. Tierras, territorios y recursos

Entre los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la propuesta de nueva constitución, uno de los que más destaca es el relativo a las tierras, territorios y recursos.

Antes de analizar en detalle la norma incluida en la propuesta respecto al derecho a las tierras, territorios y recursos (artículo 79), es conveniente contextualizarla en un conjunto de disposiciones que se refieren a la relación entre los pueblos indígenas, la naturaleza y el medio ambiente.

Interdependencia con la naturaleza. Las personas y los pueblos son interdependientes con la naturaleza y forman con ella un conjunto inseparable (artículo 8 primera parte). Se trata, en todo caso, de una norma que es de general aplicación y que por tanto no se refiere exclusivamente a los pueblos indígenas.

Buen vivir. Inmediatamente a continuación de la declaración anterior, el Estado reconoce y promueve el buen vivir como una relación de equilibrio armónico entre las personas, la naturaleza y la organización de la sociedad (artículo 8 segunda parte). Aunque también se trata de una norma de general aplicación, es sabido que el principio del 'buen vivir' está particularmente asociado a la cosmovisión de los pueblos indígenas. Por lo mismo, el hecho que este principio esté reconocido inmediatamente a continuación del de interdependencia con la naturaleza parece indicar -como elemento interpretativo- que dicha interdependencia es particularmente característica de los pueblos indígenas, lo que se ve reforzado con el reconocimiento a que se refiere el artículo 34 que se menciona a continuación.

Derecho a la protección y vínculo especial de los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos. Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes tienen derecho al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con aquéllos (artículo 34).

Uso tradicional de las aguas. La Constitución reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en los territorios indígenas o en las Autonomías Territoriales Indígenas, siendo deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento (artículo 58).

En síntesis, se puede afirmar que en la propuesta de nueva constitución:

- Los pueblos y naciones indígenas son interdependientes con la naturaleza y forman con ella un conjunto inseparable.

- El Estado reconoce y promueve el buen vivir, que se define como una relación de equilibrio armónico entre las personas, la naturaleza y la organización de la sociedad.
- Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes tienen un vínculo especial con sus tierras, territorios y recursos.
- Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes tienen derecho al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial, y al reconocimiento y protección del vínculo especial que tienen con aquéllos.
- Se reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en los territorios indígenas o en las Autonomías Territoriales Indígenas, debiendo el Estado garantizar su protección.

Respecto al derecho de los pueblos y naciones indígenas a las tierras, territorios y recursos en particular, la norma incluida en la propuesta (artículo 79) tiene los siguientes elementos:

- El Estado reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos.
- Establece que la propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección.
- Consagra el deber del Estado de establecer instrumentos jurídicos eficaces para el catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución de las tierras indígenas.
- Establece que la restitución constituye un “mecanismo preferente de reparación” y agrega que es “de utilidad pública e interés general”.
- Establece el derecho de los pueblos y naciones indígenas a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva.

En primer lugar, se trata de una norma con muy mala técnica legislativa, que confunde conceptos y mezcla estándares establecidos en regulaciones domésticas e instrumentos internacionales de distinta naturaleza.

En lo sustantivo, tal como se explica a continuación, esta norma no constituye una adecuada garantía al derecho de propiedad de las personas y pueblos indígenas, y dadas sus características también constituye una amenaza al derecho de propiedad de las personas no indígenas.

El Estado reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos, pero no define ni explica el alcance de ninguno de estos conceptos, y por tanto queda sujeto a una amplia interpretación sobre cuál es su alcance. Particularmente sensible es la falta de definición del concepto de ‘recursos’, pues a diferencia de los conceptos ‘tierras’ y ‘territorio’ (que cuentan con una definición legal y aproximación conceptual en la Ley N°19.253 y Convenio 169, respectivamente) no es posible encontrar en un nuestro sistema legal una referencia normativa que lo dote de contenido y permita interpretar su alcance.

Al establecer a nivel constitucional el principio según el cual las tierras indígenas gozan de especial protección, se rigidiza el estatuto aplicable a esas tierras porque en adelante podría interpretarse que cualquier modificación a las normas que establecen esa protección (que hoy están en la Ley 19.253 o Ley Indígena) requiere una reforma constitucional y no una reforma legal como es en la actualidad.

Respecto al deber del Estado de establecer instrumentos jurídicos eficaces para el catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución de las tierras indígenas, cabe decir que los cuatro primeros ya cuentan con reglas establecidas en nuestra legislación. Respecto a la reparación, se podría decir que hoy ya existe un mecanismo que permite abordarla a través de la compra de tierras para comunidades con fondos de Conadi. Por tanto, la gran novedad de esta norma es que el Estado deberá establecer instrumentos jurídicos para la restitución de las tierras indígenas. Como no se define el alcance del concepto de tierras ni tampoco del concepto de territorios, la obligación de restitución queda totalmente abierta desde el punto de vista de su alcance concreto.

Vinculado con lo anterior, se establece que la restitución constituye un “mecanismo preferente de reparación” y se agrega que aquélla es “de utilidad pública e interés general”. Este lenguaje, muy similar al que justifica la expropiación, abre la puerta precisamente para que la expropiación sea el mecanismo preferente para la restitución, por cuanto existiría una habilitación constitucional específica para ello. Esto podría tener consecuencias muy graves no sólo para el respeto del derecho de propiedad como tal, sino para la delicada situación que se vive en la zona centro-sur, pues podría significar un nuevo incentivo a las tomas de predios y la violencia como una forma de forzar la expropiación.

Además, se establece el derecho de los ‘pueblos y naciones’ indígenas a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva. Nuevamente, como no se define el alcance del concepto ‘territorios’, este derecho a los recursos queda totalmente abierto en su alcance e implica una grave incerteza jurídica tanto para los pueblos indígenas como para los no indígenas.

Por último, es importante precisar que la norma se refiere siempre a los derechos de los ‘pueblos y naciones’ indígenas, con lo que otorga protección sólo a la propiedad colectiva y deja desprotegida la propiedad individual de las personas indígenas.

Dado todo lo anterior, no es posible cuantificar el alcance territorial que podrían tener estas normas, precisamente por la falta de definición y confusión entre los conceptos de ‘tierras’, ‘territorios’ y ‘recursos’. Lo que está claro es que la norma permite la interpretación más extensiva, es decir, que las tierras que podrían ser abarcadas por estos derechos (incluyendo la restitución) son todas las que alguna vez han sido poseídas u ocupadas por los pueblos indígenas y que hoy no lo están.

Como se mencionó más arriba, la Ley Indígena faculta hoy a la Conadi para “*financiar mecanismos que permitan solucionar problemas de tierras*” y esto se traduce en que las comunidades indígenas compran tierras directamente a particulares con fondos de Conadi. El actual mecanismo no es un mecanismo de restitución, pues los particulares no están obligados a vender, aunque ha sido muy criticado porque genera incentivos perversos a las tomas y a la violencia para forzar a los propietarios a vender. Además, en muchos casos las tierras compradas no son las tierras ‘ancestrales’ y por tanto no hay una lógica de restitución envuelta sino más bien de compensación. En cambio, lo que hace esta norma incluida en la propuesta es poner en las manos del Estado -y de las comunidades indígenas- la expropiación como mecanismo de restitución de las tierras que se estiman afectadas, lo que podría reforzar los incentivos perversos y precarizar gravemente el derecho de propiedad de las personas no indígenas. No hay dudas de que existen cuestiones históricas de tierras que requieren un abordaje jurídico para hacerse cargo de ellas, y que el sistema que actualmente existe en la Ley Indígena debe ser reemplazado. Pero debe ser reemplazarlo por un mecanismo institucional que garantice adecuadamente los derechos de todo los involucrados, que sea sustentable en el largo plazo y que no genere nuevos incentivos a la violencia y las tomas.

Por lo mismo, preocupa especialmente el impacto que pueda tener esta norma en la convivencia y en la paz. Como ya se dijo, esta norma podría tener consecuencias muy graves pues podría significar un nuevo incentivo a las tomas de predios y la violencia como una forma de forzar la expropiación. Y no es necesario tener mucha imaginación para anticipar cómo podría lo anterior agravar una situación que ya es extremadamente delicada en la zona centro-sur.

Finalmente, es imprescindible referirse al artículo 28° transitorio que establece reglas de transición respecto a esta materia. Esta norma ordena que dentro del plazo de un año desde la entrada en vigencia de la constitución, el Presidente de la República convocará a una Comisión Territorial Indígena que tendrá la función de (i) determinar catastros; (ii) elaborar planes, políticas y programas; y (iii) presentar propuestas de acuerdos entre el Estado y los pueblos y naciones indígenas para la regulación, demarcación, reparación

y restitución de tierras indígenas. Esta Comisión Territorial Indígena, cuya integración se detalla en la misma norma, funcionará durante cuatro años, prorrogables por otros dos. El primer y principal comentario que debe hacerse a esta norma transitoria es que la implementación de una materia tan importante y sensible como la regulada por el artículo 79 de la propuesta debió haber sido encomendada a la ley, cuya formación quedaría así entregada a un órgano de deliberación democrática e integración pluralista. Entregar la implementación de esta norma a la voluntad del gobierno de turno podría tener graves consecuencias respecto a la legitimidad de las decisiones que aquél adopte en una materia tan sensible para la paz, buena convivencia y desarrollo.

6. Jurisdicción y sistemas jurídicos indígenas

Como se anticipó al inicio, la propuesta de nueva constitución reconoce el pluralismo jurídico, los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas y el ejercicio de jurisdicción por las autoridades de los pueblos indígenas. Por la importancia que tienen estas normas y el debate que han generado, a continuación se explican sus principales aspectos:

- El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas, los que coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia (artículo 309).
- La jurisdicción se ejerce por las autoridades de los pueblos y naciones indígenas reconocidos por la Constitución o las leyes dictadas conforme a ella (artículo 308).
- Los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas deberán respetar los derechos fundamentales que establecen esta constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte (artículo 309).
- La ley determinará los mecanismos de coordinación, de cooperación y de resolución de conflictos de competencia entre los sistemas jurídicos indígenas y las entidades estatales (artículo 309).
- La función jurisdiccional se define en su estructura, integración y procedimientos conforme a los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad (artículo 322).
- Cuando se trate de personas indígenas, los tribunales y sus funcionarios deberán adoptar una perspectiva intercultural en el tratamiento y resolución de las materias de su competencia, tomando debidamente en consideración las costumbres, tradiciones, protocolos y sistemas normativos de los pueblos indígenas, conforme a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte (artículo 322).

- La Corte Suprema conocerá y resolverá las impugnaciones deducidas en contra de las decisiones de la jurisdicción indígena (artículo 329).

Respecto a estas normas, es imprescindible hacer varias precisiones y revisar sus implicancias.

En primer lugar, en los pueblos indígenas no existiría en la actualidad algo que podamos llamar propiamente 'sistemas jurisdiccionales' o 'sistemas jurídicos'. Primero porque, salvo situaciones muy excepcionales, no existe hoy una administración de justicia por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, sean éstas tradicionales o funcionales. Ejemplo de lo anterior es que el Senador Francisco Huenchumilla, una persona conocedora de la cultura mapuche y por tanto calificada para hablar de ella, afirmó recientemente en una entrevista que nunca han existido tribunales en la sociedad mapuche. Tampoco existen propiamente 'sistemas jurídicos' de los pueblos indígenas si entendemos éstos como sistemas codificados de normas jurídicas que incluyan procedimientos y órganos jurisdiccionales que permitan imponer esas normas. Por lo mismo, lo que tiene sentido y se ajusta a la realidad es que el Estado reconozca como fuente de derecho a la costumbre o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en los ámbitos en que aquél existe, siempre que sea compatible con los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que Chile es parte. Eso es muy distinto que reconocer los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas y el ejercicio de jurisdicción, y ciertamente que aquéllos sean reconocidos en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia. De hecho, si la aplicación del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas reconoce como límite el respeto a los derechos humanos, entonces el órgano superior de administración de justicia que debe velar por ese respeto no puede estar en un plano de igualdad con las autoridades de los pueblos indígenas que administren justicia. En esta materia y otras, la Convención Constitucional no tuvo a la vista el principio básico de primacía de la realidad. Dicho de otra forma, si el Senador Huenchumilla tiene razón, las normas incluidas en la propuesta de nueva constitución tienen un claro déficit en su sustento antropológico.

Si bien se ha dicho que la propuesta remite a la ley la determinación de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, un examen más detenido de las disposiciones involucradas (artículo 309 en particular) permite afirmar que el texto reconoce desde ya dichos sistemas y no remite a la dictación de una ley salvo para determinar los mecanismos de coordinación, cooperación y resolución de conflictos de competencia entre aquéllos y las entidades estatales. Así, se puede afirmar que los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas quedarán reconocidos desde la entrada en vigencia del texto, sin que éste establezca los necesarios límites constitucionales que exige el tratamiento de una materia tan sensible como esta.

Por otra parte, y como regla general, el derecho consuetudinario debiera aplicarse como fuente de derecho sólo en los juicios entre personas indígenas pertenecientes a un mismo pueblo. Aunque las normas incluidas en la propuesta de nueva constitución nada dicen sobre esto, se trata de un principio básico que surge de la naturaleza misma del derecho consuetudinario. Excepcionalmente, hay ciertos casos en que el derecho consuetudinario debe ser considerado, junto con las reglas generales, en los juicios entre personas indígenas y no indígenas, como ocurre hoy en los juicios relacionados con tierras indígenas, en que además existe un procedimiento especial, tal como ya está establecido en la Ley 19.253 de 1993 o 'Ley Indígena'. Pero se trata de una regla especialísima que tiene justificación dado el contexto histórico-jurídico de los conflictos sobre tierras en nuestro país.

No hay razones para excluir *ex ante* materia alguna del ámbito de aplicación del derecho consuetudinario indígena y por tanto de la consideración de este último en la administración de justicia. Ciertamente el ámbito penal no es la excepción a lo anterior. De hecho, hay normas expresas tanto en el derecho internacional como en el derecho doméstico que obligan a considerar la costumbre o derecho consuetudinario indígena en materia penal, como los artículos 8 a 10 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y el artículo 54 de la Ley Indígena. Esto se extiende incluso al reconocimiento de los métodos a los que recurren tradicionalmente los pueblos indígenas para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, obviamente en la medida que esos métodos existan y se encuentren vigentes en la actualidad. Dicho lo anterior, es preciso reconocer que la aplicación del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en materia penal plantea cuestiones que son muy complejas, ejemplo de lo cual es que la costumbre mapuche permite la autotutela, lo que pugna visceralmente con principios que son fundamentales en el derecho en general y muy especialmente en el derecho penal.

Más allá de una discusión teórica sobre el fundamento y alcances del pluralismo jurídico como doctrina, lo relevante es que la aplicación del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe respetar los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales, entre los cuales ciertamente está la igualdad ante la ley y la garantía de no discriminación. Eso incluye el respeto de principios básicos como los que están en la base del derecho penal, como por ejemplo el que ninguna persona puede ser juzgada por un tribunal que no esté establecido con anterioridad a la comisión del delito. Adicionalmente, para garantizar lo anterior es muy importante que las decisiones de las autoridades de los pueblos indígenas al ejercer jurisdicción puedan ser revisadas por la Corte Suprema, tal como se establece en la propuesta. Lo anterior evidencia que los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas no pueden coexistir 'en un plano de igualdad', pues precisamente debe existir un órgano jerárquicamente superior que vele porque las decisiones de las jurisdicciones indígenas no sean contrarias a los derechos humanos. En esto, podría decirse que las normas incluidas en la propuesta de nueva

constitución incurren en una contradicción, porque por un lado se establece que los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas coexisten en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia, y por otro se entrega a la Corte Suprema - máximo tribunal del Sistema Nacional de Justicia - la potestad de conocer y resolver las impugnaciones deducidas en contra de las decisiones de las jurisdicciones indígenas.

7. Escaños Reservados

Otro aspecto de la propuesta de nueva constitución que ha generado mucha atención es el de los escaños reservados.

El artículo 5° N°3 ya establece como un principio de la propuesta el derecho de los pueblos y naciones indígenas a la efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional.

El artículo 162 especifica este derecho a través de dos disposiciones:

- Se establecen escaños reservados para los pueblos y naciones indígenas en los órganos colegiados de representación popular a nivel nacional, regional y local, cuando corresponda y en proporción a su población dentro del territorio electoral respectivo. Agrega que sus requisitos, forma de postulación, número y mecanismos de actualización serán determinados por la ley.
- Podrán votar por estos escaños solo quienes pertenezcan a los pueblos y naciones indígenas y que formen parte de un registro especial denominado Registro Electoral Indígena. Este registro será elaborado y administrado por el Servicio Electoral sobre la base de los archivos que conservan los órganos estatales, de los que posean los pueblos y naciones indígenas sobre sus miembros y de las solicitudes de ciudadanos y ciudadanas que se autoidentifiquen como tales, en los términos que indique la ley.

Estas normas implican que, de aprobarse la propuesta de nueva constitución, los escaños reservados deberán implementarse conforme a 3 condiciones o requisitos: (i) en órganos colegiados, es decir, aquellos que están compuestos por una pluralidad de personas, lo que excluye los órganos o instituciones de carácter unipersonal; (ii) de representación popular, es decir, en que los representantes son elegidos por voto popular; y (iii) a nivel nacional, regional y local, es decir, en todos los órganos colegiados y de representación popular que existan en esos tres niveles.

La propuesta de nueva constitución propone desde ya que se establezcan escaños reservados para los pueblos indígenas en los siguientes órganos colegiados de

representación popular: (i) Congreso de Diputadas y Diputados (artículo 252); (ii) Cámara de las Regiones (artículo 254); y (iii) la Asamblea Constituyente (artículo 387). Sin embargo, aplicando las condiciones y requisitos ya mencionados, también debieran establecerse escaños reservados para pueblos indígenas en los Concejos Municipales, en las Asambleas Regionales y en cualquier otro órgano colegiado de representación popular que se cree por ley en aplicación de las normas de la nueva constitución.

Aplicando el tenor literal de las normas incluidas en la propuesta, la ley o leyes que se dicten deberán establecer (i) los requisitos para postular; (ii) la forma de postular; y (iii) el número de escaños reservados para cada órgano colegiado de que se trate, el que deberá determinarse en proporción a la población indígena dentro del territorio electoral respectivo. Por lo mismo, la ley o leyes que se dicten deberán establecer además mecanismos que aseguren su actualización, es decir, la actualización del número de escaños reservados si es que varía la proporción de la población indígena en el territorio electoral respectivo.

Sólo podrán votar por los escaños reservados quienes pertenezcan a los pueblos indígenas reconocidos por la nueva constitución o la ley y que hayan acreditado esa calidad, lo que la propuesta resuelve creando un Registro Electoral Indígena que será administrado por el Servicio Electoral. Eso implica que una ley especial deberá establecer cómo se construye este Registro Electoral Indígena, para lo cual tendrá que considerar como mínimo los elementos que se indican en el N°2 del artículo 162.

Aunque no se dice expresamente, en el caso que se aplique la misma regla observada en la elección de los escaños reservados para los pueblos indígenas en la Convención Constitucional, las personas que estén inscritas en el Registro Electoral Indígena podrán elegir entre votar en el padrón general o votar en el padrón indígena, mientras que las personas no indígenas sólo pueden votar en el padrón general.

En relación con los criterios enunciados en esta norma para establecer escaños reservados, cabe analizarlos separadamente:

- El primer criterio indica que se establecen estos escaños “en proporción a la población indígena dentro del territorio electoral respectivo”. En el caso de los escaños reservados en el Congreso de Diputadas y Diputados, se establece que serán elegidos en un distrito único nacional y que se deberán adicionar al número total de integrantes del Congreso. Este criterio de escaños supernumerarios es discutible porque dependiendo de las alianzas políticas y mayorías circunstanciales podría significar que se sobrerrepresente a determinados sectores políticos y por tanto distorsione la voluntad popular,

siendo preferible por tanto que los escaños reservados se consideren dentro del número total de integrantes del Congreso y no en adición al mismo.

- En cuanto al segundo criterio para establecer escaños reservados “paridad en sus resultados” debe entenderse en el sentido que la elección de al menos la mitad de mujeres debe ser un resultado objetivo y no una cuota en las candidaturas. Eso obliga a que -tal como ocurrió con la elección de los escaños reservados en la Convención Constitucional- cada candidato(a) deberá llevar una candidatura paritaria alternativa del sexo opuesto que permita hacer el ajuste de género dependiendo del resultado de la elección.

En cuanto a la representatividad, en primer lugar debe mencionarse que los pueblos indígenas nunca han tenido un mecanismo formal de representación en los órganos colegiados en cuanto tales. Por tanto, se podría decir que han estado históricamente subrepresentados. De este modo, los escaños reservados representan una forma de asegurar su plena participación en la vida política, lo que por una parte protege un derecho que les está reconocido y por otra mejora la calidad de la democracia al darle un espacio a sus voces. Sin embargo, lo anterior se ve alterado cuando la lógica que impera en la elección de los escaños reservados es principalmente político-partidista, porque finalmente terminan representando a esas visiones político-partidarias más que a los pueblos indígenas como tales. Sí ese es el caso, tiene más sentido que su participación se canalice en la elección de los asientos regulares del Congreso y de cada uno de los órganos colegiados respectivos más que a través de los escaños reservados.

Por último, es importante tener presente que los escaños reservados no son un fin en sí mismo, sino un mecanismo de corrección que permite asegurar el derecho de los pueblos indígenas a participar plenamente -si así lo desean- en la vida política del país. En la medida que el sistema de partidos lograr canalizar adecuadamente la representación de los intereses de los pueblos indígenas a través de las respectivas listas de candidatos, los escaños reservados tienden a perder sentido como mecanismo. Ésa es la discusión que se está planteando hoy en países como Nueva Zelanda, que si bien cuenta con escaños reservados para el pueblo maorí en proporción a la cantidad de personas que se reconocen como tales en el censo de población, también ha ido abriendo espacios para representantes de sus intereses en el sistema de partidos políticos que accede a los asientos regulares. Por eso hoy se está empezando a debatir cuánto sentido tiene mantener los escaños reservados y por cuánto tiempo más.

8. Consulta y consentimiento

Entre las normas que se relacionan con pueblos indígenas en la propuesta de nueva constitución, uno de los temas más importantes es la regulación sobre cuándo una decisión estatal requiere consulta previa o el consentimiento de aquéllos.

A este tema se refieren dos normas ubicadas en secciones distintas de la propuesta:

- Norma sobre consulta previa: los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas “que les afectasen, agregando que el Estado garantiza los medios para la efectiva participación de aquéllos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe (artículo 66 del capítulo II sobre ‘Derechos Fundamentales y Garantías’).
- Norma sobre consulta previa y consentimiento: los pueblos y naciones indígenas² deberán ser consultados y otorgarán el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta constitución, en las entidades territoriales (artículo 191 N°2 del capítulo VI sobre ‘Estado Regional y Organización Territorial’).

Este es un tema de la máxima relevancia por dos razones. Primero, porque estas normas se refieren a un derecho consagrado a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, por lo que la norma constitucional debiera ser consistente con sus estándares. Segundo, porque la forma en que se regule este derecho incide directamente en toda la actividad legislativa y administrativa del país, con consecuencias muy relevantes tanto para proyectos públicos como privados.

Lamentablemente, estas dos normas que se han incluido en la propuesta de nueva constitución tienen una redacción muy defectuosa (tanto en la forma como en el fondo) y podrían generar una situación en que la implementación de la consulta indígena se torne casi impracticable o al menos muy compleja. Por varias razones:

- (i) Primero, las normas son inconsistentes entre sí en cuanto a la procedencia de la consulta y el estándar de incidencia que conllevan, lo que podría generar problemas importantes de implementación e interpretación. En cuanto a la procedencia, el artículo 66 hace procedente la consulta indígena ante medidas administrativas y legislativas que ‘afectasen’ a los pueblos y naciones indígenas, mientras el artículo 191 hace procedente la consulta en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta constitución. Con respecto al estándar de incidencia, una de ellas exige la consulta previa sin asociarla a la obtención del consentimiento (artículo 66), y la otra exige la consulta previa y que se otorgue el consentimiento como un resultado objetivo de dicha consulta

2 La norma aprobada por el pleno se refería a los ‘pueblos y nacionales preexistentes al Estado’. Esta norma fue modificada por la mesa de la Convención Constitucional pocos días antes de la entrega de la propuesta de nueva constitución.

(artículo 191 N°2), con lo cual la adopción de toda medida por parte de las entidades territoriales “en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos” quedaría supeditada a que se obtenga dicho consentimiento. Así, las normas propuestas confunden los estándares de consulta y consentimiento.

(ii) Segundo, las normas propuestas son inconsistentes con el Convenio 169 de la OIT del cual Chile es parte, según el cual la consulta indígena procede cuando se va a dictar una medida que es ‘susceptible de afectar directamente’ a los pueblos indígenas. Sin embargo, ambas normas omiten la palabra ‘directamente’. En un país en que casi el 13% de la población declara pertenecer a pueblos indígenas y se distribuye a lo largo y ancho de todo el territorio nacional, toda decisión estatal les afecta como afectaría a cualquier ciudadana/o. El sentido de la consulta indígena, en cambio, es que se sometan a consulta las medidas que sean susceptibles de afectarles directamente, es decir, en su calidad de pueblos indígenas. La propuesta omite esta calificación lo que por un lado genera una inconsistencia con el estándar que establece el Convenio 169 y por otro el consecuente problema de implementación e interpretación. En efecto, dada la redacción propuesta y la ubicación de ambas normas, se podría argumentar que toda medida estatal, sin excepción, deberá ser sometida a consulta previa a los pueblos indígenas. El artículo 66 se refiere a las medidas administrativas o legislativas que les afectasen, y esa amplitud lo hace aplicable a toda la actividad administrativa y legislativa de los órganos de la administración del Estado, tanto a nivel central como descentralizado. Por su parte, el artículo 191 N°2 se propone como un mecanismo de participación en las entidades territoriales en el Estado regional, por lo que será exigible ante todas aquellas decisiones que se adopten “en materias o asuntos que les afecten en sus derechos” por parte de las regiones autónomas, comunas autónomas y autonomías territoriales indígenas a lo largo y ancho del territorio nacional.

(iii) Tercero, y no menos importante, el artículo 191 N°2 establece que los pueblos y naciones indígenas deberán ser consultados y otorgarán el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta constitución. Esto significa que el deber de las entidades territoriales (regiones autónomas, comunas autónomas y autonomías territoriales indígenas) no se agota en el desarrollo de un proceso de consulta que tenga por finalidad llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento (como prescriben tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas) sino que exige el otorgamiento del consentimiento como un resultado objetivo de la consulta. Esta exigencia del consentimiento como un resultado objetivo de la consulta no existe como tal

en el Convenio 169³ y sólo está acotada a casos muy puntuales en la Declaración de Naciones Unidas (reasantamiento de los pueblos indígenas de sus tierras o territorios; realización de actividades militares y almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus tierras o territorios), por lo que siempre se ha entendido e interpretado como una regla excepcional. Sin embargo, la norma incluida en la propuesta no hace ninguna de estas distinciones y por tanto no queda más que interpretar que toda medida que se prevea por las entidades territoriales y que pueda afectar a pueblos indígenas en sus derechos requerirá el consentimiento previo de los mismos. Lo anterior es así porque el parámetro para hacer exigible la consulta y obtención del consentimiento es la afectación a derechos, y cualquier decisión que se adopte, por nimia que sea, tiene el potencial de afectar derechos.

3 El artículo 16 del Convenio 169 -como regla general- exige el consentimiento para el caso del reasantamiento, pero luego regula los procedimientos que deberán observarse para proceder con el reasantamiento en caso que no pueda obtenerse dicho consentimiento.