

Documento de Trabajo N° 11

Por Matías Meza-Lopehandía Glaesser¹

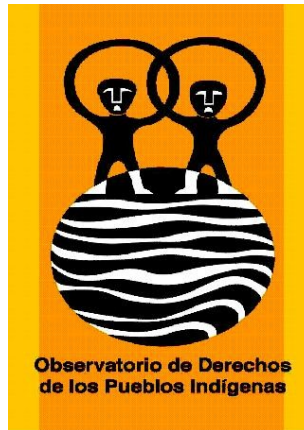


Tabla de Contenidos

- 1. Introducción*
- 2. ¿Qué es la Constitución?*
- 3. La Constitución Neoliberal de 1980*
- 4. La reforma propuesta y sus alcances*
- 5. Algunos lineamientos para una reforma que permita el ejercicio de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas*



Este trabajo está protegido por licencia Creative Commons Atribución-Licenciar Igual 2.0. 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. Introducción

Desde hace veinte años se ha venido discutiendo una reforma constitucional relativa a los pueblos indígenas en nuestro país. En un comienzo esta iniciativa -que fue parte de los acuerdos de Nueva Imperial entre los pueblos indígenas y el entonces candidato presidencial Patricio Aylwin- 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 región². Sin embargo, al poco andar, la experiencia demostró que el simple reconocimiento de la preexistencia no era suficiente, y era necesario el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en el sentido que éstos estaban siendo reconocidos en el derecho internacional³.

Lamentablemente el camino para el reconocimiento de los derechos ha sido largo y difícil. El Estado de Chile y sus tres poderes se han negado a asumir que los indígenas constituyen Pueblos, y que como tales tienen derecho a la autodeterminación, la autonomía para administrar sus asuntos en sus territorios y el control de los recursos naturales que les pertenecen. De hecho en las discusiones parlamentarias se ha señalado constantemente que otorgarles el carácter de pueblos se podrían alentar supuestos procesos separatistas o podría producirse una *balcanización* del territorio del Estado de Chile⁴.

Esta posición simplemente muestra la incomprensión de la clase política acerca del alcance de las demandas indígenas. Al final de este trabajo revisaremos el contenido del derecho a la autonomía y veremos como este no constituye una amenaza para la integridad territorial de los Estados. Es más -lejos de ello- la autonomía refuerza la cohesión social, pues permite resolver las tensiones sociales que provoca la negación de la diversidad, y que en el caso de Chile, ha generado violaciones sistemáticas a los derechos fundamentales individuales y colectivos de las personas y los pueblos indígenas.

En el último tiempo, la cuestión del reconocimiento de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas ha vuelto a estar en el centro de la discusión. El ejecutivo le ha puesto urgencia a uno de los proyectos de reforma constitucional y 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 su tramitación. Además ha hecho un llamado a que el contenido de la reforma se ajuste al estándar internacional de derechos de Pueblos Indígenas.⁵

A continuación entregaremos algunos elementos para aportar a la discusión al interior de las organizaciones indígenas en relación a la importancia y alcance de una reforma constitucional de esta naturaleza.

2. ¿Qué es la Constitución?

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 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 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 poder⁶. 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 el 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 tramitar una ley, aunque debe verificarse con quórum de aprobación más elevados que los normales.

Sin embargo, 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 Constituyente⁷. La Constitución actual fue dictada por Pinochet en 1980, modificada y aprobada por referéndum en 1989 y nuevamente modificada en 2005 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.

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.

3. La Constitución Neoliberal de 1980

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 constitucional⁸. O sea, aquí encontramos la orientación para interpretar las demás normas constitucionales y en general, el sistema normativo y cada una de sus concreciones. En cuanto al capítulo referido a los derechos y deberes, este es sumamente relevante, pues las garantías que establece constituyen un límite a la soberanía estatal. Son los llamados derechos fundamentales que limitan el actuar tanto de los órganos del Estado como de los particulares. Así, ni la administración, ni los jueces ni los parlamentarios pueden violentarlos, salvo cuando colisionan dos derechos, situación en la que caso a caso habrá que ponderar cual de ellos debe prevalecer⁹.

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.

a. El artículo 1°

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 persona 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"¹⁰. 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 son muy importantes, pues 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)¹¹. 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. 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"*¹².

El segundo inciso del artículo 1° 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 posición en la estructura socio política, entre el individuo y el Estado. La doctrina dice que se trata de entes colectivos permanentes que en determinada situación actúan tras determinados objetivos, como los sindicatos, juntas de vecinos o colegios profesionales¹³. Además la jurisprudencia ha establecido que son sujetos de derecho, al aceptar que reclamen derechos ante los tribunales¹⁴.

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 dice 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 (como los sindicatos o los bomberos). En todo caso, hasta ahora se los ha querido encajar en esta categoría y lo relevante es que el ejercicio de su autonomía en el sentido que reconoce el derecho internacional, no puede entenderse como *"mal uso"*. Esto porque la propia Constitución incluye los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos como límite a la soberanía como veremos más adelante.

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 piensan 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. Pero esto no es así. 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.*¹⁵

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***¹⁶.

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 en su inciso primero dice 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 autoridades. Con esto intenta 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"*¹⁷. 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 indirecta¹⁸. 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 de esta manera a los Pueblos Indígenas del cuerpo político. De esta manera, la Constitución obvia la pluralidad de pueblos existentes en el territorio nacional negando así la dignidad de las personas que se autoreconocen 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)¹⁹.

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*²⁰ y no 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 2° 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*²¹.

El inciso segundo del artículo 5° 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 deben respetar este *bloque constitucional de derechos* constituido por los derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos señalados y las formas de hacerlos efectivos²². Además, debe incluirse aquellos derechos que *emanan de la naturaleza humana*, lo que permite incorporar el derecho internacional general o *ius cogens* 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 Humanos²³.

3. La reforma propuesta y sus alcances

La principal implicancia de la Reforma Constitucional para el reconocimiento de los Pueblos Indígenas es que se trata de una oportunidad histórica para que la sociedad chilena salde la deuda histórica que arrastra con aquellos.

Desde el punto de vista jurídico, la reforma incide en el capítulo I de la Constitución, relativo a las Bases de la Institucionalidad y en su capítulo III sobre los Derechos y Deberes Constitucionales. Respecto de la primera, hay que tener en cuenta que ahí donde el constituyente establece los principios desde donde debe interpretarse y aplicarse la Constitución. En otras palabras, se puede decir que es el marco del marco jurídico de la República. Por esto el contenido y redacción de la reforma es sustancial y no meramente simbólico. En cuanto al capítulo relativo a los derechos fundamentales, su modificación es crucial, toda vez que como

vimos, el artículo 5° inciso 2° los convierte en límites al ejercicio de la soberanía estatal.

Por otra parte, 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 procederá a ajustar la legislación chilena al estándar internacional de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, determinado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y por la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, ambos instrumentos 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.

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

Invocando el poder constituyente derivado, el 23 de noviembre de 2007 la Presidenta de la República presentó a tramitación en el Senado un proyecto de reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional a la existencia de pueblos indígenas en Chile y remitiendo a la ley para la protección de sus tierras y derechos de agua.

Esta iniciativa está planteada como un artículo único, que, en dos numerales, enmienda los artículos 3° y 19 número 24° de la Constitución Política de la República de manera de homologarla a los estándares internacionales²⁴. El texto de la propuesta presidencial es el siguiente:

ARTÍCULO ÚNICO.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República:

1) Agregase el siguiente inciso cuarto al Art. 3°:

La nación chilena es multicultural. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales.

2) Agrégase el siguiente nuevo inciso 10° al artículo 19 N° 24, pasando el actual a ser 11° en el siguiente sentido:

Con todo, la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas.

Como ya vimos, el artículo 3° declara que el Estado de Chile es unitario y establece algunas bases para la administración del mismo, la regionalización del país y el desarrollo de sus unidades territoriales. El proyecto le agrega dos incisos nuevos, que declaran que la nación chilena es multicultural y que el Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales.

En el artículo 19, número 24°, sobre garantía del derecho de propiedad, se intercala un nuevo inciso décimo, que estipula que la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas.

Durante la discusión de esta reforma en el Senado, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia acordó un nuevo texto para su discusión en la Sala. Este es del siguiente tenor:

Artículo único.- Introdúcense las siguientes enmiendas en la Constitución Política de la República:

1) Reemplázase el artículo 4° por el siguiente:

Artículo 4°.- La Nación chilena es una, indivisible y multicultural.

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. Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes.

2) Intercálase en el artículo 5° el siguiente inciso primero, nuevo:

Artículo 5°.- Chile es una república democrática.

3) Intercálase, en el párrafo primero del número 2° del artículo 19, entre las palabras “mujeres” y “son”, la siguiente frase, entre comas: “cualquiera sea su origen étnico o racial”.

4) Agrégase al número 24° del artículo 19 el siguiente párrafo final, nuevo:

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.

Las modificaciones que sufrió el proyecto presentado por la Presidenta no son menores. Primero se agregó el carácter único e indivisible de la Nación chilena. Luego, en el segundo inciso eliminó a los Pueblos Indígenas como titulares de los derechos que reconoce dejando sólo a sus comunidades, organizaciones e integrantes como tales sujetando el ejercicio de los derechos reconocidos a la forma que establece el ordenamiento

jurídico. Además agregó a la Constitución y la ley como límite a la costumbre indígena, lo cual resulta excesivo, pues a lo más puede limitarla la Constitución. Por último, se cambió la redacción de la modificación relativa al derecho a la tierra y las aguas, pues se pasó de un mandato al legislador "*la ley deberá proteger...*" a una constatación "*la ley protege... conforme a la Constitución y las leyes*".

Art.	Propuesta Bachelet	Propuesta Comisión	Diferencias	Derecho Internacional*
3°/4°	<i>La nación chilena es multicultural.</i>	<i>La Nación chilena es una, indivisible y multicultural.</i>	<i>Unicidad e indivisibilidad de la nación chilena.</i>	<i>Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho (art. 9 DDPPII).</i>

* El Derecho Internacional reconoce una serie de derechos que van desde el derecho a la autodeterminación de los pueblos hasta los derechos culturales, pasando por el derecho a la autonomía, al territorio y sus recursos naturales. Aquí sólo mencionaremos algunos de ellos, atinentes a la propuesta de reforma elaborada por el Estado.

<p>3°/4°</p>	<p>El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales.</p>	<p>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. Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Elimina a “los pueblos” como titulares de los derechos que reconoce y agrega a las “organizaciones”. • Agrega el derecho a la participación en la vida del país. • Subordina los derechos reconocidos a la “forma que establece el orden jurídico” 	<ul style="list-style-type: none"> • 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. (art. 1 DDPPII). • Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Esta acción deberá incluir medidas: b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; (art. 2 Convenio 169 OIT) • Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (art. 7. 1 Convenio 169 OIT). • Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. (art. 5° DDPPII) • Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones (art. 18° DDPPII)..
--------------	--	---	--	---

19 N° 2	No hay propuesta	<i>Intercálase, en el párrafo primero del número 2° del artículo 19, entre las palabras “mujeres” y “son”, la siguiente frase, entre comas: “cualquiera sea su origen étnico o racial”.</i>		<ul style="list-style-type: none"> • Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos. (art. 3.1 Convenio 169 OIT).
19 N° 24 final	<i>Con todo, la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas.</i>	<i>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.</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Pierde el carácter de mandato. • Limita su ejercicio a la Constitución y las Leyes 	<ul style="list-style-type: none"> • La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. (art. 13.2 Convenio 169) • Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados (art. 14.2 Convenio 169 OIT). • Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (art. 15.1 Convenio 169). • 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. • 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. • 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate. (atr. 26 DDPPII)

A continuación haremos una revisión de los alcances de la reforma propuesta, comenzando por algunos aspectos formales relevantes que evidencian en grado de cumplimiento del derecho a la consulta y al

consentimiento previo.

a) Cuestiones de Forma

Al igual que los demás proyectos de reforma constitucional en la materia, éste 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.

El Relator Especial para Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, Profesor James Anaya, visitó recientemente nuestro país y evacuó un informe relativo a los principios internacionales aplicables a la consulta en relación a la reforma constitucional, con el objeto de dar orientación al necesario proceso de consulta que debe preceder dicha reforma.

En dicho informe, el Relator señala 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 humanos²⁵.

Específicamente, esta obligación está contenida en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT e incluyen ciertamente, la necesidad de consultar ante una reforma constitucional. Señala además que dicha consulta debe contemplar en sus procedimientos las tradiciones de los pueblos indígenas y realizarse por medio de sus instituciones representativas²⁶. El Relator reafirma la idea que resulta indispensable que la consulta sea anterior a la adopción de la medida consultada y debe constituir más que mera información a las comunidades, sino propender al establecimiento de un diálogo de buena fe, que debe concebirse como un *"verdadero instrumento de participación"*, verificado a través de mecanismos *ad hoc*²⁷. Es más, señala que debe existir un preacuerdo con los pueblos indígenas en torno al procedimiento con que se llevará a cabo la consulta, de manera que esta tenga la legitimidad que el proceso requiere²⁸.

Por otra parte señala que la obligación de consultar es del Estado de Chile, por lo que ésta debe realizarse tanto a nivel del Ejecutivo como colegislador, como del Legislativo y en todas y cada una de las etapas de tramitación y no sólo respecto de la propuesta inicial²⁹. Sostiene además que la consulta *"no debe circunscribirse necesariamente al texto del informe aprobado por el Senado"*, sino que debe estar abierta a otras cuestiones que a la luz del derecho internacional, nacional y las reivindicaciones indígenas puedan tener cabida en el proceso³⁰.

Por último el Relator fue enfático en señalar que el plazo para realizar la consulta debe ser el adecuado para permitir la participación de todos los pueblos indígenas y un diálogo de éstos con las autoridades *colegisladoras*, para lo cual el plazo de dos meses que impuso el gobierno resulta insuficiente³¹.

b) Cuestiones de Fondo

En cuanto al fondo, la propuesta tiene muchas falencias a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, ya que 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.

A continuación analizaremos cada inciso de la Reforma propuesta a la luz del derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

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

Al respecto cabe señalar que 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. 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) 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”.

Como señalamos al comparar el texto aprobado por el Senado con el texto propuesto por el ejecutivo, si bien se *"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 derechos 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, 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 a crear las condiciones para su mayor realización espiritual y material posible. Por otra parte, 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 excluya la inclusión de las tierras antiguas, pero sí omita la mención a los territorios, manteniendo la disección de éstos en suelo, subsuelo y aguas, lo cual dificulta el ejercicio de la autonomía territorial. Por otra parte, la legislación actual ha mostrado ser insuficiente para la protección de las tierras antiguas.

Respecto de la cuestión de las aguas, la situación es más grave, pues se estaría disminuyendo el derecho que los pueblos *nortinos* tienen sobre las aguas actualmente 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*” y 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°).

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 el *ius cogens* o costumbre internacional relativa a derechos fundamentales. Se constituyen como restricciones infranqueables a la soberanía de los Estado que buscan proteger a los ciudadanos y los pueblos de eventuales abusos cometidos por los Estados. Hablamos en condicional, porque siempre va a depender de la forma en que se interprete y aplique el texto constitucional. De hecho, una interpretación sistemática y acorde con nociones básicas de derechos fundamentales permitiría que el actual sistema normativo se ajustase al ordenamiento internacional.

A continuación esbozaremos algunos elementos tomados del derechos internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas 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

El derecho internacional de los derechos humanos ha avanzado decididamente en las últimas décadas en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Como señalamos arriba, tres son las grandes fuentes de estos derechos: el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³². Este estándar conforma como *ius cogens* un bloque internacional de derechos, que actúa como límite a la soberanía estatal, en tanto consagra derechos fundamentales o "*emanados de la naturaleza humana*", además de estar contenidos en instrumentos internacionales que obligan al Estado de Chile.

Dentro de esos derechos reconocidos, está el derecho a la consulta y participación, e incluso al consentimiento libre, previo e informado, al menos en su variante restringida³³. Más arriba vimos las recomendaciones que hizo el Relator Especial de Naciones Unidas en relación al derecho de los pueblos indígenas de Chile a ser consultados en relación a la reforma constitucional que pretende reconocer su existencia y garantizar sus derechos. Remitimos a lo señalado en esa oportunidad. En cuanto a elementos de fondo, este estándar internacional recoge derechos políticos, culturales y económicos. El catálogo es por lo tanto extenso y su enumeración y descripción excede el objetivo de este trabajo.

Para que una Constitución cumpla su función de reflejar el *Pacto Social* y al mismo tiempo sea capaz de otorgar estabilidad a las relaciones que regula es necesario que se refiera solo a las cuestiones fundamentales que sirven de marco para el ejercicio de derechos y no en sus derivaciones y concreciones. Es por ello que apuntaremos tres elementos de este bloque de derechos que aparecen como las bases para que un ordenamiento jurídico permita el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Estos son el carácter de titular de los derechos de los Pueblos Indígenas, el derecho al territorio y la autonomía como concreción del derecho a la autodeterminación.

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 12 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”*³⁴.

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”*³⁵.

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 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 sumamente relevante, 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”*³⁶.

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 temor en los Estados donde habitan por implicar el derecho a la autodeterminación. 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”³⁷. Sin embargo, los pueblos indígenas reivindican su propia forma de ejercer su derecho a la autodeterminación, esto es, la autonomía. Esta 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 autónomo³⁸. No se trata de la creación de un nuevo Estado que se separa del Estado de Chile, 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. 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 étnicos³⁹.

El territorio autónomo es parte del Estado, pues por definición se da al interior de éste como forma de alcanzar la integración política a partir de relaciones horizontales (no subordinadas) entre éste y aquel, funcionando el el Estado como gestor de intereses comunes y plurales. 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 y opresión⁴⁰.

De esta manera, la reforma constitucional debería recoger los contenidos proclamados en el artículo 4° de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas en tanto los pueblos indígena *"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"*. 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.

c. Derechos Territoriales

La reforma constitucional propuesta desde el ejecutivo y el legislativo se refiere 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*”⁴¹. 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.

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, la tierra 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 dominium*⁴³.

Por su parte, el territorio es producto de la interacción entre el espacio y la cultura, y en tanto tal, permite proyectar y afirmar la identidad propia en el ejercicio de los derechos de autodeterminación política, cultural y económica. A su vez, éstos implican disposición sobre los recursos naturales del territorio y sobre el paisaje mismo, entendido como reelaboración cultural de la naturaleza⁴². De esta manera, el concepto de territorio indígena permite describir valor cultural del espacio, muy diferente del valor comercial que le atribuye la sociedad occidental a la tierra, en torno al cual se construye la figura de la propiedad privada.

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.

-
1. Miembro del equipo jurídico del Observatorio Ciudadano y su Programa Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas
 2. 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.
 3. Específicamente nos referimos al desarrollo que se estaba dando en la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la sentencia del caso *Awas Tigni* de 2001 y en las Naciones Unidas a partir del Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (1994-2008) que recientemente fue aprobado por su Asamblea General.
 4. *Primer Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Senado)*, 6 de noviembre de 200, [en línea], formato *html* http://www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/admin/ver_archivo_subido.php?id_archivo=1824&file=1, consultado el 13 de diciembre de 2005, pp. 63ss.
 5. *El estado de Chile debe consultar a los pueblos indígenas respetando las normas*, Diario electrónico Mapuexpress, [en línea], formato *html*, disponible en línea internacionales "http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=3952
 6. "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).
 7. 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. En esa época el presidente Arturo Alessandri eligió una Comisión Constituyente que redactó una nueva Constitución que -tras plebiscito universal- rigió hasta 1973.
 8. 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.
 9. 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 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)
 10. KYMLICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Piados, Barcelona, 1996.
 11. RUIZ-TAGLE, Pablo, *La Constitución de la Igualdad, Borrador*, Santiago (2002), pp. 220.
 12. SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 43 y 51..
 13. Corte Suprema, 30 de junio de 1981. R. t 78, sec. 5a, p. 72.
 14. SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op.cit.*, p. 79
 15. NOGUERA, Humberto en *Primer Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Senado)*, 6 de noviembre de 2001, p. 81.
 16. 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".
 17. SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op.cit.*, p. 95.
 18. 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 soberanía (SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 99).
 19. VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, pp. 120s
 20. VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, p. 117.
 21. 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).
22. Ruiz-Tagle propone entender los derechos que *emanan de la naturaleza humana* como "*todos aquellos derechos y libertades beneficiados con la protección constitucional o internacional, lo cual resulta más acorde con una teoría democrática y los postulados actuales del constitucionalismo internacional*" (RUIZ-TAGLE, Pablo, *Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en Chile, en Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional*, Santiago de Chile, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Lom ediciones, 2001.
 23. *Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de Reforma Constitucional para el Reconocimiento de los Pueblos Indígenas de Chile*, consultado en línea, formato *html*, disponible en internet, p. 3.
 24. ANAYA, James, *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, [en línea], formato *pdf*, disponible en <http://www.observatorio.cl/contenidos/datos/docs/20090427165918/InformeConsultaChile24Abril2009.pdf>, párr. 6.
 25. *Ídem*, párr. 11 y 26-33.
 26. *Ídem*, párr. 18, 22, 23, 37
 27. *Ídem*, párr. 50.
 28. *Ídem*, párr. 44.
 29. *Ídem*, párr. 58.
 30. *Ídem*, párr. 64.
 31. Esto sin perjuicio de otros instrumentos que han servido para desarrollarlos, como los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos y Sociales
 32. La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce el derecho al consentimiento libre, previo e informado en forma expresa y categórica en su artículo 19. 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.
 33. Documento E/Cn.4/Sub.2/1999/20-22 de junio de 1999, párrafo 265.
 34. Artículo 1.3 del Convenio 169 de la OIT.
 35. Art. 1.2 Pacto de Derechos Políticos de Naciones Unidas.
 36. Artículo 46.1 DDPI.
 37. DIEZ-POLANCO, *Autonomía Regional...*, pp. 151.
 38. SÁNCHEZ, Consuelo, *Los Pueblos Indígenas: del indigenismo a la autonomía*, México, Siglo XXI editores, 1999 p. 228.
 39. STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los Derechos de los Indígenas: algunos problemas conceptuales*, en Nueva Antropología, Vol. XIII, n° 43, México, 1992, p.98ss.
 40. CHIRIF, et al., *El indígena y su Territorio*, 1991, p. 26, citado en Revista Asuntos Indígenas, número 4, 2004, p.4.
 41. BELLO, Álvaro, *Territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones*, en AYLWIN, José (Ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, IEI, Temuco, Chile, 106.
 42. 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 n°39), Compenhage, 2004, p 280s.