

Legal |
Análisis Jurídico | Constitucional | Artículo 1 de 2

Apuntes constituyentes: Estado plurinacional, pluralismo jurídico y consulta (XIV)

"...La propuesta de la Convención en esta materia —con sus aciertos y también algunos excesos— incorpora cambios institucionales de envergadura que, por un lado, deben hacerse cargo en un solo acto de una historia de desencuentro entre chilenos y pueblos indígenas, ahí donde el Estado chileno ha sido pasivo y reactivo, pero lo hace, por el otro, sobre un andamiaje institucional que ha mostrado avances importantes, como la Ley Indígena o el Convenio 169 OIT..."

Viernes, 06 de mayo de 2022 a las 11:30



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

José Francisco García

Entre las definiciones fundamentales del nuevo modelo de Estado que está proponiendo la Convención Constitucional se suma a su naturaleza de Social y Democrático de Derecho las de plurinacional e intercultural (y ecológico).

Estamos potencialmente ante el futuro artículo 1º, inciso primero de la nueva Constitución, y es que subyace a la idea de plurinacionalidad el reconocimiento de que, a nuestra comunidad política, concurren distintas naciones y pueblos que coexisten unos con otros bajo una misma Constitución y territorio. Es verdad, ello pone en tensión la máxima weberiana de que cada nación busca convertirse en Estado. Por otra parte, y a diferencia del multiculturalismo —que suele limitarse a constatar la existencia de diversas

culturas que conviven al interior de una comunidad política—, la interculturalidad busca una posición proactiva de diálogo institucional en los más diversos niveles entre todas ellas.

Propuesta de la Convención Constitucional

Bajo este contexto, la Convención ha aprobado en el proyecto constitucional —que será próximamente examinado por la comisión de armonización— que los pueblos y naciones indígenas preexistentes y sus miembros, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía y al autogobierno, a su propia cultura, a la identidad y cosmovisión, al patrimonio y la lengua, al reconocimiento de sus tierras, territorios, la protección del territorio marítimo, de la naturaleza, 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. Este párrafo —inciso— es nuclear respecto del conjunto de derechos que se les reconocen a los pueblos originarios.

Pero el reconocimiento propuesto por la nueva Constitución y el conjunto de derechos individuales y colectivos (principalmente al autogobierno y la libre determinación) y estructuras institucionales que conlleva están sujetos a límites precisos. En este sentido, la propuesta no escatima en que ello se hace “en el marco de la unidad del Estado”, “preservando la unidad e integridad del Estado” y el que ninguna autonomía territorial pueda “atentar en contra del carácter único e indivisible del Estado de Chile, ni permitirá la secesión territorial”. A lo anterior se suma el que sea el legislador el que debe regular, por ejemplo, los aspectos medulares de las autonomías territoriales indígenas en cuanto a su constitución (recordemos que una propuesta inicial les permitía a las comunidades constituirse básicamente depositando su estatuto ante un organismo administrativo); sus competencias, tanto las exclusivas como aquellas compartidas con las demás entidades territoriales que integran el Estado Regional, o que el ejercicio de su autonomía (política, administrativa y financiera) deba serlo en los términos establecidos en la Constitución y la ley.

Un caso especialmente interesante es el del derecho a consulta a pueblos y naciones indígenas. Como derecho fundamental (social), consiste en ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen. Se trata de una regla que se limita a copiar el modelo del Convenio 169 de la OIT, ampliamente difundido, desarrollado y limitado por la jurisprudencia de la Corte Suprema en la última década (por ejemplo, se trata de un impacto “sustantivo” y que afecta “directamente”). Un estándar más exigente es el derecho a la consulta en el contexto específico de la participación en las entidades territoriales en el Estado Regional: deben ser consultados “y otorgar el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución”. Se trata de un estándar más exigente, puesto que el universo de afectación es amplio (todo tipo de derechos), las vías de infracción también, y operaría con lógica de derecho a veto (aunque hoy las consultas del Convenio 169 OIT deben ser llevadas a cabo bajo el principio de buena fe con el objeto de obtener el consentimiento).

Podemos sumar todavía la regla aprobada respecto al derecho a sus tierras, territorios y recursos, que consagra que la propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección. Asimismo, el Estado establecerá instrumentos jurídicos eficaces para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución, y la restitución constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública e interés general.

Finalmente, en materia institucional podemos destacar reglas como las de asegurar escaños reservados en el nuevo Poder Legislativo (ex Congreso Nacional), en ambas cámaras (Congreso de las Diputadas y Diputados y Cámara de las Regiones) y en posiciones en todo nivel estatal, sea nacional o local, por ejemplo, asegurando una posición mínima en el gabinete ministerial del Presidente de la República. A ello se suman las reglas sobre pluralismo jurídico y la jurisdicción especial indígena, que coexiste coordinada en un plano de igualdad con el sistema nacional de justicia, pero también sujeto a límites precisos, por ejemplo, el respeto de los derechos fundamentales “que establece esta Constitución” y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte o que la última palabra, en lógica de unificación de jurisprudencia de ambos sistemas, la tendrá la Corte Suprema.

Ahora bien, se ha generado bastante controversia en torno a este estatuto. Se ha puesto especial énfasis

en que estamos ante una Constitución “indigenista”, que rompe estructuralmente la igualdad ante la ley.

Informe de Verdad Histórica y Nuevo Trato a los Pueblos Indígenas (2003)

Pero una mirada menos apasionada al asunto nos lleva a examinarla a la luz de los reconocimientos y propuestas formuladas en el [Informe de Verdad Histórica y Nuevo Trato a los Pueblos Indígenas \(2003\)](#), por una comisión transversal de personalidades, convocada por el Presidente Lagos y dirigida por el Presidente Aylwin. Una lectura atenta de este documento —recomiendo la presentación y analizar en detalle la sección de propuestas— da cuenta de que la propuesta de la Convención se limita a implementarla. Para algunos podría dar tranquilidad que la subcomisión encargada de las propuestas institucionales y legislativas estuvo a cargo de Carlos Peña y las económicas y sociales, del ex ministro de Hacienda Felipe Larraín.

Entre los reconocimientos del mismo se encuentra, por ejemplo, el que “la Nación chilena se constituyó en base a asimilar —a veces mediante la fuerza— a esos pueblos” (p. 26); que el documento busca “reparar el daño que les fue infringido” (p. 27) o la “negación de la identidad y existencia de los Pueblos Indígenas a favor de la formación de una identidad nacional única, y el de apropiación de su territorio a favor de la consolidación del territorio nacional” (p. 532) y “hasta la muerte y desaparición de Pueblos Indígenas enteros como los Aönikenk y Selk’nam, que fueron objeto de un verdadero genocidio...” (p. 532).

Por su parte, las propuestas, extensas y detalladas, recorren temas tales como el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas o la consagración constitucional de derechos colectivos, incluyendo, escaños reservados a nivel parlamentario, la participación en la integración y gestión de gobierno comunal y regional, el reconocimiento de sus instancias e instituciones organizativas, participación en la discusión, formulación, ejecución y evaluación de leyes y políticas públicas que los afecten.

Asimismo, respecto de los derechos territoriales: el reconocimiento de la relación especial con las tierras y territorios que habitan; reconocimiento y demarcación de territorios y participar en la gestión de los mismos; generar instrumentos de ordenamiento territorial que promuevan procesos de desarrollos pertinentes; la protección de las tierras actualmente pertenecientes; la demarcación, titulación y protección de aquellas tierras sobre las cuales se demuestre propiedad ancestral; el establecimiento de mecanismos de reclamación de tierras, respecto de tierras cuya propiedad esté en manos de particulares no indígenas, entre otros.

En el ámbito de los recursos naturales, se recomienda, por ejemplo, reconocer el derecho de preferencia para la obtención de concesiones del Estado para la explotación de recursos naturales localizados en territorios y tierras indígenas, lo que “conciene especialmente a los recursos naturales sobre los cuales el Estado tiene el derecho eminente, independiente de los derechos del dueño del suelo superficial” (p. 541); derechos de uso, gestión y conservación de los recursos naturales localizados en áreas silvestres protegidas del Estado; derecho a consulta “orientados a obtener el consentimiento de los pueblos, comunidades y/o personas indígenas cuando el estado o un particular quiera hacer uso y aprovechamiento de los recursos naturales localizados en tierras indígenas” (p. 543); derecho a participación en los beneficios sociales y económicos de las actividades productivas desarrolladas en tierras y territorios indígenas; compensación por daños al ambiente y a la cultura provocados por terceros en tierras y territorios indígenas a consecuencia de la explotación de recursos naturales; entre otros. Finalmente, destaco el reconocimiento del derecho consuetudinario y del derecho propio de los pueblos indígenas

(pluralismo jurídico), incluyendo fórmulas jurisdiccionales indígenas que sean reconocidas bajo la figura del arbitraje.

Informe de la Comisión de Venecia (18 de marzo 2022)

Por otra parte, la [Comisión de Venecia](#) en su [informe para Chile](#), donde examinó diversos aspectos del proceso y potenciales contenidos en discusión, a solicitud del Senado, se pronunció sobre plurinacionalidad, interculturalidad, pluralismo y jurisdicción especial indígena. En términos generales, sostuvo, sobre la base de la declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que los pueblos indígenas tienen derecho al pleno disfrute, colectiva e individualmente, de todos los derechos y libertades reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos, lo que se manifiesta, entre otros, a ejercer su derecho a la autonomía o al autogobierno a través de sus propias autoridades e instituciones (CIDH).

En materia de pluralismo jurídico, la Comisión de Venecia señaló que “debe entenderse como una estrategia constitucional legítima destinada a garantizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas de ese país, no obstante, la unidad e integridad del mismo”. Además, recomienda que, frente a la existencia de un sistema indígena paralelo, se incorporen en la Constitución garantías de derechos humanos internacionalmente reconocidos, como el principio de juicio justo e igualdad de acceso a la justicia y la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes. El establecimiento de una jurisdicción especial indígena también debe cumplir con el principio de Estado de Derecho, que requiere cierto grado de unidad y coherencia entre la jurisdicción indígena y la estatal, lo que requiere “un sistema cuidadoso y sustancial de coordinación”.

La Comisión destaca en esta materia que la “coordinación con éxito, sin comprometer el Estado de Derecho”, requiere abordar “cuestiones cruciales y complejas”: si es aplicable solo a las disputas entre indígenas, si recae sobre asuntos civiles o también penales, si la jurisdicción penal está determinada por la identidad del infractor o la víctima, si puede haber opción de las partes para volver a la jurisdicción ordinaria, los límites del derecho sustantivo indígena, etc. Asimismo, la Comisión “da por sentado” que, en última instancia, debe haber una única autoridad reconocida para resolver las difíciles cuestiones de coordinación y conflicto entre jurisdicciones, que presumiblemente sería el Tribunal Supremo. Luego, en lo relativo a los asientos reservados para indígenas en el Congreso, a nivel constitucional la Comisión considera que se trata de una medida consistente con la realización del principio de igualdad dentro del derecho a la participación política, en línea con los principales acuerdos del derecho internacional de los derechos humanos, señalando en todo caso, al igual que respecto de la justicia indígena, que “la concreción de esta propuesta requeriría una considerable especificación para que sea justa y funcional”, considerando el contexto histórico, político y cultural del país, las diferencias entre las múltiples y diferentes comunidades indígenas, y mecanismos de consulta previa, libre e informada.

Conclusiones

Bajo este contexto, la propuesta de la Convención Constitucional debe ser examinada de manera desapasionada, a la luz de los compromisos del Estado de Chile —al menos con la *auctoritas* del Informe de Nuevo Trato—, sus compromisos internacionales con el derecho Internacional de los Derechos Humanos y los estándares y orientaciones propuestos por la Comisión de Venecia, varios de los cuales se cumplieron de manera satisfactoria, otros pueden ser todavía aprobados (por ejemplo, la exclusión del

derecho penal de la jurisdicción indígena) y otros quedarán a la ley.

Finalmente, es importante reconocer los avances de nuestro país en esta materia en la última década, algunos de los cuales no existían en la época del Informe de Nuevo Trato. Los avances de la Ley Indígena (Ley N° 19.253 sobre fomento, protección y desarrollo de los indígenas, que data de 1993, pero que diversas reformas han introducido mejoras institucionales sustantivas), aunque especialmente el que sea quizás el mayor referente respecto del pluralismo jurídico: el Convenio 169 de la OIT, en general, y el derecho a consulta indígena, en particular.

En efecto, el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Congreso Nacional el año 2007 (entró en vigencia en 2009), constituye el instrumento internacional sobre pueblos indígenas más relevante vigente en Chile. Mediante este convenio se regularon una serie de aspectos relativos a los derechos de los pueblos indígenas, tales como sus costumbres, tierras y mecanismos de participación. En este se consagran una serie de principios, obligaciones y condiciones básicas, como a) la no discriminación (art. 2); b) la discriminación positiva (arts. 2, 4 y 5); c) la participación de los pueblos indígenas mediante procedimientos acordes (art. 6); d) el reconocimiento de las tierras o territorios (art. 15 y 16) y e) el consentimiento previo, libre e informado a propósito de la relocalización involuntaria. En el artículo 6° del Convenio se regula la consulta indígena. Este mecanismo ha sido definido por el Comité de Expertos de la OIT como “la piedra angular” del Convenio 169 OIT, debido a que todo su contenido se materializa, de una forma u otra, en la determinación que hacen los propios pueblos de sus derechos a través del mecanismo de consulta. La consulta a los pueblos indígenas es el mecanismo a través del cual los titulares de derechos indígenas deciden sobre sus intereses, derechos y modos de vida.

En síntesis, la propuesta de la Convención en esta materia —con sus aciertos y también algunos excesos— incorpora cambios institucionales de envergadura que, por un lado, deben hacerse cargo en un solo acto de una historia de desencuentro entre chilenos y pueblos indígenas, ahí donde el Estado chileno ha sido pasivo y reactivo, pero lo hace, por el otro, sobre un andamiaje institucional que ha mostrado avances importantes, como la Ley Indígena o el Convenio 169 OIT, y su práctica interpretativa, que permitirá, con ayuda de la necesaria gradualidad y mucha prudencia, avanzar en una implementación orientada a superar esta trágica historia de desencuentro.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online