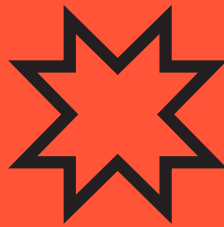


Pueblos indígenas y nueva constitución



José Aylwin
Coordinador del Programa
de Globalización y Derechos
Humanos del Observatorio
Ciudadano.

contexto+

Pueblos indígenas en Chile

Según el Censo de Población del 2017 elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), un total de 2.158.792 personas, que representan un 12,8% de la población total del país, se reconoce como perteneciente a un pueblo indígena en Chile. No obstante ser, luego de los países mesoamericanos y andinos, el país de América Latina de mayor demografía indígena en proporción a su población general (CEPAL, 2014), los pueblos indígenas en Chile, así como sus derechos, no se encuentran reconocidos en la actual Constitución Política de la República (CPR), impuesta en 1980 por la dictadura de Pinochet.

Los marcos normativos que regulan los derechos indígenas en Chile incluyen la Ley N° 19.253 de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y la Ley N° 20.249 de 2008 que Crea el Espacio Marino Costero de los Pueblos Originarios. Ello además de instrumentos internacionales como el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169), ratificado por el Estado de Chile el 2008 y en plena vigencia desde septiembre de 2009; así como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobadas por el Estado chileno el 2007 y el 2016 respectivamente. Estas últimas, aunque no tienen la misma naturaleza vinculante del Convenio N° 169, avanzan en el reconocimiento de derechos tales como la autonomía y la libre determinación, el derecho al

consentimiento libre, previo e informado, y reafirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales de ocupación tradicional.

Los pueblos indígenas son objeto de múltiples formas de discriminación. En el plano político están sub representados en los órganos de elección popular que adoptan decisiones que les conciernen. Así por ejemplo, en el Congreso Nacional cuentan hoy con cinco parlamentarios –electos por partidos políticos y no en representación de dichos pueblos – que se auto identifican como indígenas del total de 198 integrantes en ambas cámaras. La legislación vigente ha limitado severamente la posibilidad de que ciudadanos indígenas se organicen en partidos políticos y por esta vía contar con representación en órganos electivos del Estado en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, como dispone el Convenio N° 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables.

En lo económico, los pueblos indígenas se encuentran entre los sectores más pobres del país. Así en la Encuesta de Caracterización Socio- Económica 2017 (CASEN 2017) entre los años 2006 y 2017 se ha mantenido la tendencia de que la población indígena posee la mayor incidencia de pobreza y pobreza extrema, 14,5% y 4,0% respectivamente, superando en casi al doble al resto de la población nacional no indígena (8,0% y 2,1% respectivamente).

Fundamentos de la participación de pueblos indígenas en los procesos constituyentes



Si concebimos las constituciones no solo como textos jurídicos, sino también como instrumentos a través de los cuales se construyen acuerdos para hacer posible la convivencia democrática entre tod@s quienes habitan en un determinado Estado, resulta evidente que para cumplir con este segundo objetivo, tales procesos deben contar con la participación de los más amplios sectores en ellos existentes. En el caso del proceso constituyente hoy en desarrollo en Chile, tal como lo han propuesto distintos movimientos, se requiere de mecanismos de representación especial de al menos tres sectores; pueblos indígenas, mujeres e independientes, hasta ahora, sino totalmente excluidos, claramente sub representados en los órganos electivos del Estado.

La participación de los pueblos indígenas en los procesos constituyentes a través de los cuales se elaboran las cartas fundamentales que rigen la vida de los estados tiene fundamentos profundos desde la perspectiva de derechos humanos. Ellos se encuentran en los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos desarrollado desde mediados de Siglo XX. También se encuentran en la nor-

mativa internacional específica referida a estos pueblos desarrollada en las últimas tres décadas. De la misma manera, existen importantes fundamentos políticos para dicha participación, en atención a la naturaleza y objetivos de las constituciones, y a la situación de exclusión y de creciente conflictividad que existe entre el Estado y los pueblos indígenas en Chile hoy. A continuación se desarrollan cada una de estas fundamentaciones.

Fundamentos de derechos humanos

El fundamento primario de la participación de los pueblos indígenas en los órganos electivos, como son los órganos constituyentes democráticos, está determinado por el **principio de igualdad y no discriminación**. Ello teniendo presente que históricamente estos pueblos han estado, ya sea por razones legales, económicas o culturales, excluidos de instancias estatales de toma de decisión de asuntos que les conciernen.

Dicho principio está a la base de la normativa internacional de derechos humanos. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (DUDHNU) dispone: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.” (artículo 2).

Este principio es garantizado a su vez por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (PIDCP) (artículos 2.1 y 26) y la Convención Americana sobre Derechos Hu-

manos (CADH) (artículos 1.1 y 24). Asimismo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas (CIEDR), ratificada también por el Estado chileno, desarrolla con claridad este principio al definir discriminación racial como “[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” (artículo 1.1).

Este mismo principio está presente en los instrumentos específicos de derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas, los que han sido ratificados o adheridos por el Estado de Chile. Tanto el Convenio 169, como la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los pueblos Indígenas (DNU DPI) y la Declaración Americana sobre Derechos de Pueblos Indígenas (DADPI), contienen disposiciones que reconocen la igualdad de los pueblos indígenas y de los individuos indígenas con otros pueblos e individuos, así como su derecho a gozar de los derechos humanos sin discriminación¹.

En una línea coincidente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) interpretó el alcance del principio de igualdad y no discriminación en la participación política de pueblos indígenas en su jurisprudencia en el caso *Yatama vs Nicaragua* (2005)². En su sentencia en este caso originado en la denuncia de la organización indígena Yatama de la Costa Atlántica de Nicaragua por la denegación de su reconocimiento como partido político y su exclusión de participar en elecciones municipales del 2000, la

-
1. Así el Convenio 169 dispone: “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación” (artículo 3.1). La DNU DPI a su vez dispone: “Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas” (artículo 2). La DADPI al respecto establece: “Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo V).
 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Sentencia caso *Yatama vs. Nicaragua*.

Corte IDH condenó al Estado de Nicaragua por la violación de las disposiciones de la CADH, entre otros de sus artículos 23 (derechos políticos) y 24 (igualdad ante la ley). Además ordenó a dicho Estado a adoptar medidas para que los pueblos indígenas “[...] puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización [...]” (parág. 225).

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

Otro derecho que fundamenta la participación de los pueblos indígenas y los pueblos en general en los procesos constituyentes, es el **derecho de libre determinación**, reconocido en el artículo 1 común del Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). En virtud de este derecho, todos los pueblos pueden determinar libremente su condición política, económica y social³. Cabe señalar que tanto la

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

DNUDPI, como la DADP, reconocen a los pueblos indígenas este derecho en términos análogos a los del PIDCP y del PIDESC⁴.

Finalmente los instrumentos internacionales han reconocido a los pueblos indígenas el derecho a la **autoidentificación**, tanto individual como colectiva como pueblos. El Convenio 169 de la OIT, la DNUDPI y la DADPI señalan se trata de un derecho fundamental para determinar a quienes se aplican estos instrumentos, y que dicha autoidentificación se debe realizar conforma a la costumbre o prácticas indígenas⁵.

Fundamentos políticos



Estos derivan de la naturaleza misma de las constituciones, pues además de ser instrumentos legales o jurídicos, son a la vez declaraciones sociales que expresan los valores de una sociedad, así como instrumentos políticos de distribución y ejercicio del poder (International IDEA, 2014). Estas dimensiones sociales y políticas hacen de las constituciones instrumentos que permiten abordar, e idealmente establecer cauces para resolver, conflictos de diversa naturaleza –relaciones de poder entre diferentes grupos, clases sociales, diversidades étnicas, culturales o religiosas, geográficas, entre otras– que existen al interior de los estados.

Esta potencialidad de las constituciones es subrayada por el constitucionalista Konrad Hesse al señalar que la Constitución, además de ser el orden jurídico fundamental de la comunidad y establecer los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política del Estado “[c]ontiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad.

-
4. “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” (artículo 3 DNUDPI; artículo III DADPI).
 5. Así el Convenio 169 dispone: “La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.” (artículo 1.2). Por su parte la DNUDPI establece: “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones.” (artículo 33). De manera similar, la DADPI establece: “La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.” (Art 1 2 DADPI).

Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal.” (Hesse, 2011).

Las constituciones son por tanto instrumentos a través de los cuales se pueden construir acuerdos o pactos sociales que tienen por objeto asegurar la convivencia democrática de una sociedad. Tal como señala el constitucionalista Ghai (2006, pp.15 y 16).

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

Lo anterior tiene particular pertinencia en países donde los pueblos indígenas han sido históricamente excluidos de los procesos de elaboración de los textos constitucionales, como es el caso de Chile, generando una creciente conflictividad entre el Estado y los pueblos indígenas. La intensidad de este conflicto y los niveles de violencia que ha alcanzado, incluyendo la violencia represiva del Estado y aquella reactiva que ejercen las comunidades, hacen de este, sino el conflicto socio político más grave del país, uno de los más graves.

Teniendo presente la importancia de los procesos constituyentes para arribar a textos que reflejen una visión compartida de Estado, y la inclusión en ellas de las diversidades existentes en su interior, incluyendo por cierto la diversidad de pueblos que habitan en él, es que la participación de pueblos indígenas en ellos constituye una oportunidad única para abordar dicha conflictividad y buscar causas de resolución a los mismos. La experiencia internacional da cuenta de que cuando no existen tales causas consensuados, dicha conflictividad crece y se expresa de manera extra institucionales, exacerbando conflictos que se expresan de manera violenta y se tornan inmanejables (Stavenhagen, 2000).

Asimismo, “el ordenamiento constitucional [...] requiere de adhesión y sostenimiento por la colectividad; su validez está estrechamente vinculado a su eficacia y ésta a la adhesión de los ciudadanos y los diversos sectores que integran la sociedad. Una constitución que carece de sustento y adhesión difundida entre los miembros de la sociedad está destinada a durar poco [...]” (Nogueira, 2009). Por tanto, la adhesión a las constituciones está estrechamente vinculada a la inclusión de todos los sectores de la comunidad y su diversidad en el proceso de elaboración. Estos procesos constituyentes, se vienen desarrollando de forma creciente a nivel mundial, a través de Asambleas Constituyentes democráticamente electas con la finalidad exclusiva de elaborar el texto constitucional. Por lo mismo son hoy el principal mecanismo para el cambio constitucional en América Latina⁶.

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