

5 PUNTOS CRÍTICOS SOBRE LA PLURINACIONALIDAD Y LOS DERECHOS GARANTIZADOS A LOS PUEBLOS (NACIONES) INDÍGENAS EN LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN

A continuación, destacamos los 5 puntos críticos y esenciales contenidos en la propuesta de nueva Constitución sobre la plurinacionalidad y los derechos garantizados a nivel constitucional a los pueblos (naciones) indígenas.

1. DIVISIÓN DE LA NACIÓN EN MÚLTIPLES NACIONES

El preámbulo de la propuesta de Nueva Constitución se refiere al “*pueblo de Chile, conformado por diversas naciones*”. Luego, el primero de los artículos define al Estado chileno como *plurinacional, intercultural, regional y ecológico* (artículo 1). El artículo siguiente se refiere a la soberanía, la cual “*reside en el pueblo de Chile, conformado por diversas naciones*”. Finalmente, este paradigma conceptual queda cerrado en el quinto artículo, donde se “*reconoce la coexistencia de diversos pueblos y naciones*” (artículo 5.1), los cuales tienen la categoría de preexistentes, de acuerdo a la misma norma, y son “*los Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán, Selk'nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley*” (artículo 5.2). Sin embargo, este artículo quinto tiene una parte final, que explica el rol del Estado en relación a la plurinacionalidad: “*es deber del Estado respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación, los derechos colectivos e individuales de los cuales son titulares y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones*” (artículo 5.3). Finalmente, es necesario destacar que “*en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En Especial, tienen derecho a la autonomía; al autogobierno (...)*” (artículo 34).

Lo anterior tiene enormes repercusiones, especialmente desde el punto de vista dogmático del derecho político chileno. La Nación chilena¹ ha sido invariablemente el sujeto político en el cual todas las constituciones de la República de Chile, han depositado la soberanía. Quién es soberano, es el titular del poder temporal del Estado², por tanto, es depositario del poder constituyente. De ahí que no sea baladí el cambio sustancial que la propuesta de nueva Constitución promueve: **el soberano ya no es la nación chilena, entendida como el pueblo políticamente activo a través de plebiscitos y elecciones periódicas como indica el artículo 5 de la Constitución vigente; sino que el soberano y el poder constituyente recae en “el pueblo de Chile, conformado por diversas naciones” (artículo 2).** De ahí que sea coherente con la

¹ Las personas indígenas siempre han sido consideradas parte integrante de la Nación Chilena y bajo ese paradigma se funda la República. A modo ejemplar, en 1812 José Miguel Carrera encarga el diseño de la primera bandera y escudo nacional de la incipiente República de Chile, la cual representa a una lanza y palmas cruzadas sobre una columna representativa del árbol de la libertad, custodiada por dos indígenas. A su vez, el historiador Joaquín Fermandois destaca que hasta 1973, hubo 9 diputados mapuches en el Congreso Nacional (La democracia en Chile. Trayectoria de Sísifo. Santiago, 2020. Ediciones UC. P. 140-141). Por último, destaca el hecho de que el himno nacional chileno, en su IV estrofa hace alusión a la sangre del altivo araucano que “nos legó por herencia el valor” (disponible en: <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-126596.html>).

² René Tapia Herrera: La nación chilena, la plurinacionalidad y la muerte del soberano. Disponible en: <https://ellibero.cl/actualidad/columna-constituyente-rene-tapia-herrera-la-nacion-chilena-la-plurinacionalidad-y-la-muerte-del-soberano/>

lógica del nuevo sistema, que los pueblos y naciones indígenas **“deberán ser consultados y otorgarán el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos”** (artículo 191. 2), pues en la medida que toda la doctrina del nuevo régimen constitucional es plurinacional, es posible que mayores temas sean susceptibles de afectar de alguna forma los derechos reconocidos en esta Constitución a los pueblos indígenas (más allá de la ubicación del artículo en cuestión, de la cual bien podría desprenderse que son las entidades territoriales las encargadas de materializar los procedimientos de consulta y de obtención de consentimiento, pero que la materia no se encuentra limitada a cuestiones territoriales). Además, se debe hacer presente que la consulta indígena es también conceptualizada como un derecho fundamental, tanto en su redacción, como en su geografía de texto: *“los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a ser consultados, previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen”* (artículo 66), lo cual impone a Chile un estándar mucho mayor al del Convenio N°169 de la OIT, que solo se refiere a las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas en forma directa.

Actualmente, Chile ha reconocido a los pueblos indígenas y ha otorgado legislación especializada en la materia. La Ley Indígena reconoce 10 pueblos indígenas, pero sin otorgarles la calidad de “nación”. **La propuesta de Nueva Constitución eleva a rango constitucional los pueblos indígenas, reconoce -o revive- al pueblo Selk’nam, el cual no ha existido en la referida ley, y además permite a la ley reconocer nuevos pueblos indígenas.** Con los derechos y privilegios especiales que se consagran en la propuesta de Nueva Constitución, el **incentivo es buscar el reconocimiento de nuevos pueblos indígenas y ya se ha visto en ciertas etnias que han buscado su reconocimiento como pueblo en forma independiente a la etnia “grande” en la cual se insertan**³.

En definitiva, la multiplicidad de naciones podría generar una nueva fuente de divisiones entre ciudadanos y ciudadanas de Chile e inducir una desarticulación territorial que podría socavar la fortaleza propia de la unidad del Estado.⁴

2. LOS PROBLEMAS POTENCIALES PARA LA SOBERANÍA, DEFENSA NACIONAL Y ORDEN PÚBLICO INTERNO

De esta forma, la propuesta de nueva Constitución, con su enfoque plurinacional e intercultural, promueve la división de Chile en naciones autónomas, tanto en lo territorial como en lo político, generando incentivos para que esto ocurra. **Lo anterior, conlleva en sí mismo el potencial riesgo de dañar la integridad territorial del Estado y dar pie para la secesión y pérdida de parte del territorio chileno, tal como han expresado distintos grupos armados que operan en la Macrozona Sur del país**⁵. Por otro lado, existe un riesgo latente para la

³ Por ejemplo, los caciques de Chiloé, que tradicionalmente han sido considerados mapuches, se han movilizado para buscar su reconocimiento como Pueblo Huilliche:

<https://www.radioestrelladelmar.cl/consejo-de-caciques-de-chiloe-hace-llamado-a-declararse-parte-del-pueblo-huilliche/>.

⁴ Rodríguez Elizondo, El Mostrador, 18 de julio de 2022.

⁵ Entre ellos, Héctor Llaitul, vocero del grupo armado Coordinadora Arauco Malleco (C.A.M) se ha referido invariablemente a su búsqueda de la independencia del territorio ancestral del pueblo mapuche, a través de una lucha armada contra el Estado Chileno y los capitalistas: <https://www.theclinic.cl/2012/01/10/llaitul-el-mapuche-mas-temido-por-las-forestales/> (**Llevemos esta lucha al extremo. ¿Cuál es la demanda final de la CAM? ¿La independencia?**)

estabilidad de las fronteras de la región, las cuales pueden ser debilitadas por la concepción plurinacional de territorios autónomos con derechos colectivos a la libre determinación, ya que estos pueblos indígenas fronterizos cuentan con integrantes extranjeros en territorios contiguos a las fronteras chilenas, como es el caso del pueblo Mapuche argentino y del pueblo Aymara boliviano. Como es de público conocimiento, parte del pueblo mapuche chileno y argentino han reivindicado derechos soberanos sobre sus pretendidos territorios ancestrales, incluso haciéndolos valer por la vía violenta y armada. Por otro lado, diplomáticos y académicos chilenos y peruanos⁶ han denunciado la pretensión de Bolivia de generar, a través de la plurinacionalidad, un Estado funcional a sus intereses entre el sur del Perú y norte de Chile, para obtener una salida soberana al mar (RUNASUR). A propósito de la iniciativa RUNASUR, el Congreso peruano declaró a Evo Morales persona non grata⁷. Al respecto, cabe destacar que el pueblo Aymara y el Pueblo Quechua, dos de los 10 pueblos indígenas chilenos, cuenta con la gran mayoría de sus integrantes en Bolivia⁸, en Perú, y recién en tercer lugar en Chile, y en cuarto lugar en el norte de Argentina. Este es un dato relevante, ya que la propuesta de Nueva Constitución obliga al Estado a facilitar *“el contacto y la cooperación transfronteriza entre pueblos indígenas”* (art. 14. 3)

Fuera de lo dogmático, cabe destacar las implicancias prácticas que esto significa, lo cual puede resumirse en:

Autonomías territoriales indígenas, autogobierno y libre determinación, derechos colectivos privilegiados. Estos tres elementos son imprescindibles para comprender las implicancias prácticas de concebir al Estado como plurinacional.

“-Sí, construimos un proyecto de rearticulación a partir de la confrontación con el Estado, porque sabemos que pasa por eso. Esto no se resuelve con diez predios a diez comunidades. Esto se resuelve con la recuperación del territorio histórico. Y ése es un gran objetivo estratégico. Pero eso es una elaboración y una autoasignación que se la tiene que dar el movimiento mapuche en su momento.” – Entrevista del 2012); <https://www.mapuexpress.org/2015/07/01/hector-llaitul-%E2%80%9Csi-queremos-soberania-territorio-y-autonomia-nuestra-lucha-debe-confrontar-directamente-al-estado-capitalista%E2%80%9D/> (**¿En qué consiste el devenir autonomista?**)

“En el proceso de buscar nuestra independencia política e ideológica. Estamos construyendo un pensamiento nuestro para desde allí potenciar nuestra liberación. Hace rato que estamos diciendo que no vamos a seguir ligados a otros paradigmas, sino que vamos a recuperar lo que ancestralmente nuestros antepasados nos legaron. (...)” – Entrevista del 2015); y <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2022/05/11/cam-llama-a-organizar-la-resistencia-armada-por-propuesta-de-estado-intermedio-del-gobierno.shtml> (“a preparar las fuerzas, a organizar la resistencia armada, por la autonomía, por el territorio y autonomía para la nación mapuche” – declaraciones frente a la declaración de Estado de Excepción Constitucional de Emergencia acotado, durante mayo de 2022).

⁶ En dicho sentido, José Rodríguez Elizondo: <https://larepublica.pe/domingo/2022/07/10/jose-rodriguez-elizondo-lo-plurinacional-es-el-error-mas-grave-en-el-borrador-de-constitucion-de-chile/> ; Allan Wagner: <https://elcomercio.pe/politica/gobierno/allan-wagner-lo-que-busca-runasur-es-fracturar-a-los-paises-noticia/>

⁷ <https://www.europapress.es/internacional/noticia-congreso-peru-declara-persona-non-grata-expresidente-boliviano-evo-morales-injerencia-politica-20211123010229.html>

⁸ De acuerdo al censo de Bolivia del 2012, la población Quechua asciende a 1.281.116 y la Aymara a 1.191.352, muy inferior a la población indígena chilena de esas etnias. <https://www.cedib.org/wp-content/uploads/2013/08/Tabla-Poblacion-Indigena1.pdf>

3. LAS INTERROGANTES E INQUIETUDES QUE PLANTEA LA AUTONOMÍA TERRITORIAL Y LIBRE DETERMINACIÓN INDÍGENA

La propuesta de nueva Constitución reconoce a los pueblos indígenas el derecho a contar con autonomías territoriales indígenas, las que están dotadas de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio y son el espacio geográfico donde las naciones indígenas *“ejercen derechos de autonomía”* (art. 234.1). El Estado, por su parte, debe promover y garantizar estas autonomías para que se cumplan sus fines (art. 234.1). Además, *“deberán tener las competencias y el financiamiento necesarios para el adecuado ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos y naciones indígenas”* (art. 235).

El tenor literal de estas normas muestra claramente que la autonomía territorial indígena y el autogobierno y libre determinación son cuestiones que van entrelazadas, al punto de que no se entiende el rol de una sin la otra. El autogobierno y libre determinación exigen autonomía territorial, y la autonomía territorial demanda a su vez autogobierno y libre determinación.

Ahora, la propuesta de nueva Constitución señala que el fundamento de varios de los derechos privilegiados indígenas es justamente la libre determinación: *“los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía; al autogobierno; a su propia cultura; a la identidad y cosmovisión; al patrimonio; a la lengua; al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos; a la cooperación e integración; al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades, propias o tradicionales; y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.”* (art. 34). Este artículo muestra que la estructura dogmática es que la libre determinación fundamenta y explica el autogobierno indígena.

En virtud de que se les reconoce libre determinación -atribución que no se le reconoce a otros grupos sociales- la propuesta de nueva Constitución asegura su financiamiento pleno a través de la ley: *“las autonomías territoriales indígenas deberán tener las competencias y el financiamiento necesarios para el adecuado ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos y naciones indígenas”* (art. 235). **Recordemos que la ley permite crear nuevos pueblos indígenas y el nuevo sistema político-legislativo tiene un quórum general de mayoría simple para aprobar leyes y además contempla escaños reservados para pueblos indígenas, por lo que el riesgo de descomposición del sistema administrativo y territorial en naciones indígenas autónomas es real.** Además, nada impediría a la ley delegue en el Ejecutivo la creación de las autonomías territoriales indígenas a través de un procedimiento administrativo. Esta fue una de las opciones barajadas por la otrora Convención Constitucional para la implementación de las autonomías territoriales indígenas, lo cual puede llegar a ser un precedente para cuando el nuevo órgano legislativo deba regular esta materia.

4. PRIVILEGIOS INDÍGENAS Y DERECHOS ESPECIALES

A continuación, se enumeran una serie de normas de la propuesta constitucional que otorgan a los pueblos y naciones indígenas un privilegio o una situación mejorada respecto de cualquier ciudadano o cualquier otra cultura o grupo de interés. Lo relevante es que este es el sello de la propuesta de nueva Constitución, es decir, estos privilegios son en razón de la pertenencia a una etnia, de la plurinacionalidad y de la concepción de los pueblos indígenas como un grupo históricamente oprimido que requiere una reparación y un trato diferenciado, de ahí el hincapié que la propuesta realiza respecto de su preexistencia al Estado (art. 5.2).

a) **Actuación internacional del Estado a favor de los pueblos indígenas:** El Estado en sus relaciones internacionales se compromete con “*la promoción de los derechos de los pueblos y naciones indígenas y tribales conforme al derecho internacional de los derechos humanos*” (art. 14. 2).

b) **Tráfico fronterizo:** es deber del Estado facilitar “*el contacto y la cooperación transfronteriza entre pueblos indígenas*” (art. 14. 3), lo cual puede crear incentivos para el crimen organizado y narcotráfico de cooptar y utilizar a las personas indígenas para el contrabando, ya que estarán sometidos a una regulación mucho más laxa o ninguna regulación para transitar entre Chile y Bolivia y Chile y Argentina, en el norte y sur del país, respectivamente.

c) **Consulta y consentimiento indígena:** los pueblos indígenas “*tienen derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen*” (art. 66). A su vez, en el capítulo de Estado Regional se establece, “*deberán ser consultados y otorgarán el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución*” (art. 191.2). Más allá de la mala técnica legislativa, destaca el hecho de que la primera de estas normas se ubica en el capítulo de los derechos fundamentales, por lo que tiene una conceptualización acorde a su nueva calidad y tiene una concepción más amplia que la del Convenio 169, que se refiere a la afectación directa.

Sobre el consentimiento previo, es necesario entender que la consulta indígena, en el marco del Convenio N°169 de la OIT, nunca ha conceptualizado la idea de la consulta como una obligación de resultado, es decir, que necesariamente los pueblos indígenas deban otorgar su consentimiento para realizar la acción estatal. Al respecto, **la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que la obligación de consulta del referido convenio no puede ser entendido como un poder de veto de los pueblos indígenas**⁹. Sin embargo, la propuesta de nueva Constitución hace referencia al consentimiento indígena en forma tal que podría interpretarse que se erige en un poder de veto, limitando la actividad estatal, así como la actividad libre de las personas. Más allá de la discusión sobre si la norma admite una interpretación amplia o restrictiva (aplicable solo a materias locales, o no), aun cuando fuere restrictiva, la complejidad de la norma no debe dejar de mirarse con atención. En otras palabras, su aplicación a lo local no le resta dificultades pues puede conllevar importantes implicancias para las personas, especialmente en relación a localidades rurales y alejadas. Por ejemplo, cuando se instala tendido eléctrico las servidumbres eléctricas son forzosas, por ley y por el acto de la concesión administrativa. Cabría preguntarse si aprobada la propuesta, las comunidades indígenas que gozan de una especial protección de la propiedad y con autonomías territoriales podrían hacer el caso de que tendrían derecho a ser preguntadas y a que su consentimiento fuera obtenido para la instalación de la infraestructura eléctrica en sus territorios pese que para todas las demás personas se trata de una servidumbre forzosa. El mismo caso puede verse en otras materias, como en materias de agua, agricultura, forestal etc.

d) **Derecho especial a las tierras, territorios y recursos naturales:** el Estado garantiza el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos (artículo 79.1). Señala expresamente que “*la propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección*” (art. 79.2), lo cual constituye una diferencia radical con la propiedad de un ciudadano común, la cual

⁹ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. P. 888. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_151559.pdf

no goza de dicha “especial protección” y otras particularidades aplicables a la propiedad indígena

e) Restitución de tierras ancestrales: “*La restitución constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública e interés general*” (artículo 79.3), por tanto, la expropiación por estos motivos siempre estará amparada por la propuesta de nueva Constitución. Esto puede generar inquietudes sobre el desplazamiento forzado de personas, tanto en el norte o en el sur del país, ya que la constitucionalización de la autonomía territorial indígena y la obligación del Estado de establecer “*instrumentos jurídicos para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución [de las tierras indígenas]*” (artículo 79.2) está orientada a **asegurar territorios indígenas con pureza étnica. A ello se suma una norma transitoria que crea una Comisión Territorial indígena que sin contrapesos establecerá como han de efectuarse esas restituciones, las que los demás órganos del Estado deberán implementar. Cabe advertir que recientemente esta orientación del Estado ha sido respaldada y exigida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha promovido la expulsión de los criollos de su propiedad, para asegurar la creación de un territorio indígena libre de no indígenas**¹⁰.

f) Uso privilegiado de las aguas: “*La Constitución reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas. Es deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento*” (artículo 58). En cambio, al resto de los ciudadanos se les exige obtener los permisos regulatorios necesarios para usarla. Demás esta decir que quedará al legislador o al juez determinar que significa “uso tradicional”.

g) Representación privilegiada indígena en órganos públicos: el Estado debe garantizar la efectiva participación de los pueblos indígenas en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones, así como su representación política en órganos de elección popular a nivel local, regional y nacional.

h) Designación indígena en Consejo de la Justicia: de los 17 integrantes, dos son elegidos por los pueblos indígenas (artículo 344).

i) Asamblea Constituyente y escaños reservados: de aprobarse la propuesta, para poder iniciar un proceso que diera lugar a una nueva Constitución, deberá llevarse a cabo mediante una asamblea constituyente, que debe ser integrada obligatoriamente, también por escaños reservados de pueblos indígenas (artículo 387).

j) Sistemas jurídicos y de justicia indígenas especiales: El Estado reconoce los sistemas jurídicos indígenas, “*en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el sistema Nacional de Justicia*” (artículo 309). Cabe destacar que este reconocimiento no solo implica la posibilidad de que las autoridades indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales, sino que también implica el reconocimiento del poder legislativo de las autoridades indígenas, lo cual no queda claro de qué manera puede afectar a personas no indígenas.

¹⁰ Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020. El título B.2.3. se denomina “Traslado de la población criolla” y el considerando N°329 establece la forma en que la Corte exige al Estado de Argentina expulsar y reubicar a la población no indígena que habita en el territorio reivindicado como indígena.

5. ¿APROBAR PARA REFORMAR?

Por último, es preciso hacer presente que frente a la discusión apruebo / rechazo para el plebiscito del 4 de septiembre de 2022, se ha barajado la opción de “aprobar para reformar”. Dicha postura debe ser valorada a la luz del texto de propuesta de nueva Constitución y no sobre el tradicional derecho constitucional chileno.

Por dicho motivo, de aprobarse la propuesta y buscarse su inmediata reforma, y más allá de los quorum y plebiscitos aplicables, se debe destacar que cualquier temática de esa reforma que afecte los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la propuesta constitucional, como la plurinacionalidad, la autonomía territorial indígena, los derechos de la naturaleza, la inclinación preferente del Estado por mantener relaciones internacionales con Latinoamérica, la propiedad especialmente protegida, el sistema político o la integración de órganos estatales, etc. deberán ser sometidos a consulta indígena y, a nuestro entender, obtenerse el consentimiento de todos los pueblos indígenas de Chile, lo cual no solamente complejiza la reforma constitucional a niveles insospechados, sino que además hace improbable una real posibilidad de reformar lo aprobado.