

Pueblos indígenas y Constitución

El reconocimiento colectivo a las culturas minoritarias ha sido identificado por diversos filósofos como fundamental para la realización individual.

En las últimas décadas, el movimiento indígena ha reivindicado el derecho de los pueblos indígenas a ser reconocidos como tales y a ejercer derechos colectivos como la autonomía y los derechos territoriales. Estas demandas han tenido una importante acogida en el derecho internacional de los derechos humanos, y en el constitucionalismo latinoamericano. Esto se ha expresado en diversas disposiciones constitucionales que reconocen el valor de la cultura indígena y asignan derechos diferenciados colectivos a estos grupos.

En la región sudamericana sólo Chile, acompañado de Uruguay y Surinam, carece de un reconocimiento explícito de los pueblos indígenas en su Carta Fundamental. Algunos autores sostienen que dicho reconocimiento está implícito en la autonomía otorgada a los grupos intermedios, pero esto pareciera ser insuficiente a la luz de los instrumentos internacionales. En general, la incorporación de medidas de multiculturalismo o plurinacionalidad en el ordenamiento jurídico requeriría de cambios significativos en la Constitución, sin perjuicio de que la propiedad indígena parece bien resguardada en el texto vigente.

Está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.

Contacto

E-mail: atencionparlamentarios@bcn.cl

Tel.: (56)32-226 3164 (Valpo.)

Matías Meza-Lopehandía G.

Es abogado (Universidad de Chile, 2009) y MSc en Derechos Humanos (London School of Economics, 2013). Sus intereses de investigación son derecho internacional público, derechos humanos y derecho constitucional.

E-mail: mmezalopehandia@bcn.cl

Tel.: (56) 32 226 3965

Introducción

Este trabajo busca servir de introducción a la cuestión indígena mirada desde la perspectiva constitucional. Para ello, se presenta sucintamente el modo en que las reivindicaciones indígenas han sido recibidas por el derecho internacional de los derechos humanos, y en qué medida esto ha impactado en las constituciones de los diversos países de Sudamérica. En la segunda parte, se da cuenta del marco constitucional chileno y las dificultades que presenta para implementar reformas alineadas con la tendencia internacional y comparada.

El presente documento ha sido elaborado a solicitud de parlamentarios del Congreso Nacional, bajo sus orientaciones y particulares requerimientos. El tema que aborda y sus contenidos están delimitados por los parámetros de análisis acordados y por el plazo de entrega convenido. No es un documento académico y se enmarca en los criterios de neutralidad, pertinencia, síntesis y oportunidad en su entrega.

I. Los pueblos indígenas en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo

El reconocimiento ha sido defendido como una necesidad profundamente humana (Taylor, 1993). Más aun, diversos autores consideran el reconocimiento colectivo como una condición indispensable para el ejercicio de los derechos individuales, pues las personas pertenecen a una *cultura societal* que le da significado a sus decisiones individuales. Si se niega la existencia o validez de esa pertenencia, se puede afectar la propia capacidad de comportarse como un agente autónomo (Kymlicka, 1996; Peña, 2012).

En las últimas décadas, América Latina ha sido testigo de lo que José Bengoa (2000) ha llamado la “emergencia indígena”. Se trata de la irrupción de diversos movimientos indígenas reclamando, en general, una nueva relación con sus Estados, basada justamente en el reconocimiento de los derechos colectivos que les corresponderían en su calidad de pueblos pre-existentes al propio Estado.

Estas reivindicaciones indígenas han sido acogidas en el seno de la comunidad internacional, traducándose primero, en el Convenio N.º 169 de la OIT de 1989, ratificado

pro Chile en 2008. Este instrumento reconoce derechos a los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, además de establecer mecanismos de participación política (consulta indígena), y reconocer el derecho que les asiste a ejercer un control progresivo sobre los programas de salud y educación dirigidos a ellos, entre otras cosas.

El punto culmine de esta recepción de la demanda indígena en la arena internacional se dio en 2007, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas, con la participación de Chile, adoptó la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas (DDPI). Este documento va más allá que el mencionado Convenio, reconociendo directamente que los pueblos indígenas, como cualquier otro pueblo, tiene derecho a la libre determinación, expresada en el auto-gobierno en el seno de los Estados en que habitan (autonomía), con las consecuencias que ello conlleva.

Por su parte, las reivindicaciones indígenas también han tenido impacto a nivel constitucional en América Latina, y también en otros países, como Canadá¹. Diversas constituciones de la región, casi siempre emanadas de asambleas constituyentes, han incluido disposiciones que reconocen y valoran la diversidad cultural de sus respectivos países, lo que incluye, al menos implícitamente, a los pueblos indígenas.

Así, por ejemplo, Brasil, en su Constitución de 1988 establece el deber del Estado de proteger “las manifestaciones de las culturales populares, indígenas y afro-brasileñas” (art. 215), y les reconoce derechos territoriales (cap. VIII). En Colombia, la Constitución de 1991 “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (art. 7), sin perjuicio de otras disposiciones que siguen de cerca lo establecido en el Convenio 169 de la OIT². Por su parte, la Constitución argentina de 1994 ordena al Congreso “[r]econocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” (art. 75.17). También Guyana, Paraguay, Perú y Venezuela cuentan con disposiciones, e incluso

1 De hecho, este último país, en su Ley Constitucional de 1982, reconoció la vigencia de los derechos de los indígenas (aboriginal rights) y aquellos emanados de los tratados celebrados entre aquéllos y la Corona británica (*treaty rights*)

2 Entre ellas, reserva escaños en el Senado a los representantes indígenas (art. 171), reconoce la jurisdicción especial indígena (art. 246), y establece los territorios indígenas como partes de la organización territorial del Estado (art. 286).

capítulos completos, que reconocen a los pueblos indígenas y les asignan derechos colectivos.

Frente a la alternativa multicultural, países como Ecuador y Bolivia han optado por consagrar el carácter plurinacional del Estado. Aunque la Constitución de Ecuador (2008) es explícita al respecto (art. 1), el paradigma en esta materia es la Constitución boliviana de 2006. Ésta reconoce la existencia precolonial de los pueblos indígenas, y su derecho a la libre determinación (arts. 2 y 3). A partir de esto, la Constitución reconoce la democracia comunitaria como medio de generación de autoridades (art. 11.II.3), la proporcionalidad de la representación indígena en el parlamento (146.IV), establece de un Tribunal Constitucional integrado con criterios de proporcionalidad (art. 196.I), y en general, incluye las instituciones indígenas en la estructura general del Estado (art. 30.II.5), entre otros aspectos distintivos.

En Sudamérica, sólo Chile, Uruguay y Surinam, carecen de reconocimiento explícito a los pueblos indígenas, pese a que los tres países cuentan con dicha población³. Es más, en el más amplio contexto constitucional latinoamericano (que incluye Centro y Norte América), el reconocimiento es la regla general (Prado, 2003).

II. El caso chileno en comparación

Como es sabido, el texto constitucional chileno (CPR), pese a sus frecuentes reformas, no ha incorporado un reconocimiento explícito a los pueblos indígenas y sus derechos.

Sin embargo, autores como Lucas Sierra (2003), plantean que la lógica corporativista de dicho texto, los reconocería como cuerpos intermedios, en el sentido del artículo 1° CPR, o sea, como estructura organizativa de la sociedad, cuya autonomía para el cumplimiento de sus fines específicos está garantizada por el Estado.

Por su parte, Prado afirma que los principios básicos del orden constitucional, en particular,

los deberes estatales de amparar y garantizar la autonomía de los grupos intermedios, asegurar la igualdad de oportunidades y promover los derechos humanos internacionalmente reconocidos, implica una obligación estatal de promoción del reconocimiento de los pueblos indígenas a nivel institucional, “con independencia de la intención original de sus redactores [de la Constitución]” (2003:78).

Ahora bien, en cualquier caso, desde el punto de vista de las reivindicaciones indígenas y su reconocimiento en el derecho internacional y en el constitucionalismo latinoamericano, este reconocimiento, si fuera tal, pareciera insuficiente. Esto, debido a los límites que imponen otras disposiciones constitucionales a los derechos normalmente asociados a este reconocimiento.

Así por ejemplo, la cuestión de la autonomía indígena, quedaría descartada, al menos, de acuerdo a la interpretación constitucional *originalista* ofrecida por Silva Bascañán (1997). El autor recuerda que, conforme al artículo 5° inciso primero del texto constitucional, “[l]a soberanía reside esencialmente en *la Nación*” y “[n]ingún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio” (énfasis añadido). En consecuencia, conforme al autor citado, los indígenas están impedidos de convertirse “en ente colectivo autónomo, que pretenda fijar sus particulares caracteres y objetivos y conformar una dirección propia que lo conduzca con entera libertad a su realización” (p.100). De esta manera, la libre determinación, ejercida como autonomía, reconocida explícitamente en la DDPI, y en constituciones como la boliviana y la mexicana, quedaría excluida del ordenamiento chileno.

En directa relación con lo anterior, salta a la vista otro problema: la cuestión del pluralismo jurídico, esto es, el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a resolver sus conflictos conforme a sus propio derecho. Aquí, el Tribunal Constitucional chileno ha sido enfático al señalar que esto sería “absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional”, en tanto los artículo 73 y 19 N.º 3 del texto constitucional excluirían “el empleo de cualquier otro medio de solución de conflictos que pudieran usar los pueblos interesados para la represión de los delitos cometidos por sus

³ Generalmente se afirma que en Uruguay no existe población indígena. Sin embargo, de acuerdo a las estadísticas oficiales, el 4% de la población declara tener ascendencia indígena (INE Uruguay, 2010). Es importante tener presente que el principal elemento de identificación indígena en el derecho internacional es la auto-identificación individual y colectiva, sin perjuicio del elemento objetivo (descender de las poblaciones originarias) (cfr. art. 1 Convenio 169 OIT).

miembros" (Tribunal Constitucional, 2000: párr. 52)⁴.

Por otra parte, medidas contempladas en la Constitución de Colombia, tales como el reconocimiento de los territorios indígenas como unidades de la división administrativa del Estado, requerirían modificar el capítulo XIV de el texto constitucional, protegido por un quórum de 3/5 partes de los diputados y senadores en ejercicio. Por su parte, la reserva de escaños parlamentarios podría no requerir una modificación constitucional, pero sí la reforma de la ley orgánica respectiva, lo que requiere el voto favorable de 4/7 partes de los diputados y senadores en ejercicio.

En cuanto a las tierras indígenas, la garantía constitucional de propiedad del artículo 19 N.º 24 está formulada en términos suficientemente amplios como para otorgarles protección. Señala la norma citada que:

La Constitución asegura a todas las personas: [...]

24º.- El derecho de propiedad en sus *diversas especies* sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. [énfasis añadido]

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que entre las especies de propiedad protegida por esta disposición se encuentra la propiedad indígena. Asimismo, el derecho a la restitución de las tierras, consagrado en el Convenio 169, y reafirmado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede ejercitarse mediante la expropiación legal contemplada en el mismo artículo constitucional.

Conclusión

En 1989, en la ciudad de Nueva Imperial, el entonces candidato presidencial de la Concertación de Partidos por la Democracia, Patricio Aylwin, alcanzó un acuerdo con los representantes de los principales pueblos indígenas del país (aymara, maori rapa nui y mapuche). Éstos se comprometían a apoyar su candidatura y a canalizar sus demandas por la

vía institucional, mientras que quien se convertiría luego en Presidente, comprometió la creación de una comisión para proponer una nueva legislación e institucionalidad indígena y promover una reforma constitucional que reconociera a los pueblos indígenas (Marimán, 2012).

Aunque han habido varios proyectos de reforma constitucional orientados a reconocer la pre-existencia de los pueblos indígenas, el carácter multicultural del Estado y diversos derechos colectivos, ninguno de ellos se concretado.

Hasta la fecha, el texto constitucional chileno se ha mantenido al margen la tendencia mayoritaria en la región: el reconocimiento explícito de la existencia de pueblos indígenas, y el consiguiente reconocimiento de derechos asociados, ya sea al respeto a su diferencia cultural, ya sea, a su carácter de pueblos precoloniales.

4 En este punto, Quintana (2014) ha llamado la atención sobre las dificultades que podría acarrear para este reconocimiento, el artículo 6º constitucional (se refiere al 7º), en la medida en que consagraría un monopolio estatal del derecho, al exigir que los órganos del Estado actúen "previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley".

Referencias

- Bengoa, J. (2000). *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago: Fondo de Cultura Económica.
- INE Uruguay. (2010). *Principales resultados. Encuesta Continua de Hogares*. Recuperado a partir de <http://bcn.cl/1vb93>
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Paidós. Recuperado a partir de <https://books.google.cl/books/about/Ciudadanía%20multicultural.html?id=srwbSgAACAAJ&pgis=1>
- Marimán, J. (2012). *Autodeterminación: Ideas políticas mapuche en el albor del siglo XXI*. Santiago: LOM.
- Peña, C. (2012, diciembre 1). Democracia y minorías. *Pensamiento Constitucional*. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3268>
- Prado, M. (2003). La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento. *Colección de Investigaciones Jurídicas*, 3, 3-100.
- Quintana, A. (2014). El principio de subsidiariedad. *Revista de Derecho Público, Edición es*, 125-136. Recuperado a partir de <http://bcn.cl/1vbdr>
- Sierra, L. (2003). La Constitución y los indígenas en Chile: Reconocimiento individual y no colectivo. *Estudios Públicos*, 92(primavera 2003), 19-27.
- Silva Bascañán, A. (1997). *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Taylor, C. (1993). *El multiculturalismo y "La política del reconocimiento": ensayo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Tribunal Constitucional. Diputados de la República (requerimiento de inconstitucionalidad Convenio 169 de la Organización del Trabajo). Rol 309 (2000). Recuperado a partir de <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=310>

Textos normativos

- Constitución Política de la República (Chile). Disponible en: <http://bcn.cl/1v0b8> (abril, 2016).
- Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: <http://bcn.cl/1v0b8> (abril, 2016).
- Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. Disponible en: <http://bcn.cl/1qa7z> (abril, 2016).