

# PUEBLOS INDÍGENAS Y CONSTITUCIÓN: CAMINOS PARA UN NUEVO PACTO

## INDIGENOUS PEOPLES AND THE CONSTITUTION: VENUES FOR A NEW PACT

*Sebastián Donoso Rodríguez\**

RESUMEN: En este trabajo se analiza el desafío que implica el reconocimiento de los pueblos indígenas en el marco del actual proceso de cambio constitucional. Se enuncian como hipótesis las visiones que subyacen a las posturas que habrían impedido hasta ahora consagrar dicho reconocimiento y el papel que podría tener su entendimiento en la búsqueda de un acuerdo sobre la materia. Se proponen algunas condiciones ‘de borde’ –tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo– para que una propuesta de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas pueda generar consenso y convocar a todos los chilenos en torno a una mirada común sobre la posición que se quiere que tengan los pueblos indígenas en la organización social y política. Se sugieren, asimismo, los principales elementos que debería tener el reconocimiento y el principio articulador del mismo. Se postula que la fórmula de reconocimiento constitucional, concebida bajo esos elementos y principios, tiene la potencialidad de sentar las bases sobre las cuales es posible establecer un ‘nuevo pacto’ entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad chilena en su conjunto.

Palabras claves: pueblos indígenas, constitución, reconocimiento, derechos, interculturalidad, nuevo pacto.

ABSTRACT: This work analyzes the challenge implied by the recognition of indigenous peoples in the current process of constitutional change. Hypothesis are suggested as to the visions underpinning the stances that so far have prevented

---

\* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master of Science in Social Policy and Planning in Developing Countries, The London School of Economics and Political Science. Profesor de Legislación Indígena de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor del Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. Consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos. sdonoso@sdyasociados.cl

such constitutional recognition and the role that its understanding could play in the search of an agreement with regard to the subject matter. ‘Border’ conditions are proposed –both procedural and substantive– to allow a proposal for constitutional acknowledgement of indigenous peoples being able to build consensus and bring together all Chileans around a shared view as to the position of indigenous peoples in the social and political organization. A proposal is also made with regard to the main elements and underlying principles that a recognition formula should have. It is postulated that the formula for constitutional recognition of indigenous peoples, conceived out of such elements and principles, has the potential to build the basis on which to establish a ‘new pact’ among indigenous peoples, the State and the Chilean society as a whole.

KEYWORDS: indigenous peoples, constitution, recognition, rights, intercultural, new pact.

## I. INTRODUCCIÓN

El 1 de diciembre de 1989, en Nueva Imperial, el entonces candidato presidencial Patricio Aylwin Azócar se comprometió con las organizaciones indígenas presentes a hacer suya la demanda de los pueblos indígenas de Chile, especialmente en lo referido al “reconocimiento constitucional de los PUEBLOS INDÍGENAS y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales”.

Han pasado más de treinta años desde aquella jornada. Se ha dicho y escrito mucho sobre aquel reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas comprometido por quien pocos días después sería electo como Presidente de la República. Han sido también numerosos los proyectos de reforma constitucional presentados ante el Congreso Nacional para consagrar dicho reconocimiento. Incluso, existió un momento –marzo de 2009– en que hubo consenso político transversal sobre una fórmula de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, que al final no prosperó.

A las puertas del debate para una nueva Constitución, la inclusión de un reconocimiento de los pueblos indígenas emerge como una de las principales materias de discusión. Han transcurrido casi 210 años desde la dictación del primer texto constitucional de la República de Chile. En todo ese largo periodo solo una Constitución, la de 1822, ha hecho una referencia a los pueblos indígenas:

Corresponde al Congreso.

6° Cuidar de la civilización de los indios del territorio<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Artículo 47.

Hay una cierta ironía en el hecho de que la Constitución que resulte del próximo proceso constituyente está llamada a promulgarse en 2022, justo al cumplirse doscientos años desde la dictación de la única carta magna que en toda nuestra historia constitucional se ha dado por aludida respecto a la existencia de los pueblos indígenas, aunque lo haya hecho de un modo que hoy se juzga inapropiado.

¿Por qué han pasado más de treinta años desde el Acuerdo de Nueva Imperial y aún no ha sido posible concretar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas? Intentar una respuesta a esta pregunta es aún más acuciante si se tiene en cuenta que, al menos desde la campaña presidencial de 2005, todos los programas de gobierno de las principales coaliciones han incluido dicho reconocimiento constitucional entre sus propuestas. Por lo mismo, si se aspira a enfrentar con alguna posibilidad de éxito el proceso constituyente y consiguiente debate sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, es imprescindible confrontar la pregunta que encabeza este párrafo. Ahora bien, ¿qué se entiende por 'éxito' para los efectos de este trabajo y debate? La carga ideológica y cultural que tiene dicha palabra hace necesaria una explicación. Se comprende que un reconocimiento constitucional tendría éxito si reúne al menos las siguientes condiciones:

- i) Que sea robusto en su configuración normativa, es decir, un reconocimiento adecuado a la realidad y que incluya un enfoque de derechos;
- ii) Que pueda concitar consenso en el constituyente y
- iii) Que además tenga la potencialidad de convocar a todos los habitantes de Chile en torno a una mirada común sobre la posición que se quiere que tengan los pueblos indígenas en la organización social y política.

Con ese contexto, este trabajo se estructura en tres capítulos. En el primero se examinan algunas hipótesis que permitirían explicar por qué hasta ahora no ha sido posible concretar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y el papel que podría tener un adecuado entendimiento de las mismas en la búsqueda de un acuerdo. En el capítulo segundo se proponen las condiciones básicas o 'de borde' que deberían sustentar el reconocimiento tanto desde un punto de vista procesal como sustantivo. En el tercero, finalmente, se proponen los elementos para un reconocimiento que tenga la potencialidad de sentar las bases sobre las cuales se establezca un 'nuevo pacto' entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad chilena en su conjunto y, por consiguiente, una relación sostenible entre todos ellos en el largo plazo.

## II. LOS VERICUETOS DEL RECONOCIMIENTO

Al introducir este trabajo se planteaba esta pregunta fundamental: ¿por qué han pasado más de treinta años desde el Acuerdo de Nueva Imperial y aún no ha sido posible concretar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas?

En este capítulo se examinan dos hipótesis que permitirían explicar por qué hasta ahora no ha sido posible concretar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Se indaga a continuación el papel que podría tener un adecuado entendimiento y abordaje de ambas hipótesis en la búsqueda de un acuerdo.

Sin embargo, antes de seguir avanzando es preciso hacer dos aclaraciones. La primera y necesaria es que hoy existe un consenso político transversal respecto a la idea de incluir en la Constitución un reconocimiento de los pueblos indígenas. Por tanto, las hipótesis que se analizan a continuación suponen en su base la existencia de ese consenso, y por tanto, que las diferencias se manifiestan respecto a los contenidos específicos que el reconocimiento debiera incluir. En segundo lugar, aunque parezca innecesario aclararlo, las hipótesis que se proponen a continuación constituyen una deliberada simplificación de la realidad con el propósito de facilitar la comprensión del argumento que se quiere plantear.

A continuación se enuncian ambas hipótesis sucintamente, para luego analizarlas con un poco más de detalle.

### HIPÓTESIS 1

Los líderes indígenas (sobre todo aquellos cuyas ideas han sido más afines a la centroizquierda, pero no solo ellos) se han opuesto a cualquier reconocimiento que no reúna ciertos requisitos básicos que se juzgan como mínimos.

### HIPÓTESIS 2

Las élites no indígenas (sobre todo la élite social y empresarial vinculada a la centroderecha, pero no solo ella) se han opuesto a cualquier reconocimiento que exceda ciertos contornos de acuerdo con su juicio de realidad y convicciones sobre la cuestión indígena.

#### *1 Hipótesis 1*

La hipótesis 1 supone, como ya se dijo, que los líderes indígenas (sobre todo aquellos cuyas ideas son más afines a la centroizquierda, pero no solo ellos) se han opuesto a cualquier reconocimiento que no reúna ciertos requisitos básicos que se identifican a continuación.

- Que utilice un determinado lenguaje ('pueblos', 'derechos colectivos', 'autonomía', 'preexistencia', etcétera).

- Que haga suyas ciertas ideas o nociones jurídico-políticas (‘derechos colectivos’, ‘autodeterminación’, ‘plurinacionalidad’, etcétera).
- Que consagre un catálogo de derechos que se juzgan como mínimos.

Al tratar de identificar las notas características de la visión que subyace a esta hipótesis, se pueden mencionar las siguientes:

- La convicción de que en el centro de cualquier abordaje de la ‘cuestión indígena’ debe existir un enfoque de derechos, en que la consagración constitucional y satisfacción de un catálogo de derechos es lo más relevante.
- La afirmación de las identidades indígenas y de la diversidad cultural como rasgos característicos de la sociedad, lo que obliga a generar normas o estatutos especiales y políticas de acción afirmativa.
- Una reticencia a mirar la ‘cuestión indígena’ solo desde la óptica de la superación de la pobreza e integración al desarrollo.
- Una propensión a situar la discusión en un horizonte muy largo de tiempo –más allá de los últimos treinta años– con particular referencia a la denominada ‘deuda histórica’ que tendría el Estado de Chile con los pueblos indígenas.

## 2 Hipótesis 2

Por su parte, la hipótesis 2 supone que las élites no indígenas (sobre todo la élite social y empresarial vinculada a la centroderecha, pero no solo ella) se han opuesto a cualquier reconocimiento que exceda ciertos contornos de acuerdo con su juicio de realidad y convicciones sobre la cuestión indígena.

Al tratar de identificar las notas características de la visión política que subyace a esta hipótesis, se pueden mencionar las siguientes:

- La convicción de que la superación de la pobreza e integración al desarrollo son las principales claves para abordar la ‘cuestión indígena’.
- La afirmación del mestizaje, chilenidad e igualdad ante la ley como rasgos característicos de la sociedad, según lo cual las normas y estatutos especiales –y en particular cualquier forma de discriminación positiva– son desaconsejables.
- Una cierta reticencia, sobre todo durante los primeros años, a mirar la ‘cuestión indígena’ con un enfoque de derechos.
- El temor a dar ciertos pasos que sienten un precedente equivocado y generen consecuencias negativas, por ejemplo, respecto a la unidad del Estado o aseguramiento de la paz.
- Una cierta dificultad para situar la discusión en un horizonte que vaya más allá de los últimos treinta años.

### 3 *Dos hipótesis en tensión:* *la importancia de entender ambos puntos de vista*

Más allá de si estas hipótesis permiten o no explicar de manera adecuada el por qué no ha sido posible concordar una fórmula de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, hay una realidad que es indesmentible: la sociedad chilena en su conjunto se encuentra *ad portas* de iniciar un debate constituyente y hasta la fecha no ha encontrado un camino para concretar dicho reconocimiento.

Desde ya es necesario observar que estas dos hipótesis no son excluyentes entre sí. De hecho, podría decirse precisamente lo contrario, es decir, que ambas son complementarias y que se retroalimentan de forma recíproca. Lo anterior es sin perjuicio de que, al revisar ambas hipótesis, saltan a la vista las tensiones existentes entre ambas. El siguiente cuadro da cuenta de esas tensiones.

Cuadro 1  
Tensiones existentes entre las visiones sobre la cuestión indígena  
y sus implicancias para el reconocimiento constitucional

Notas características Hipótesis 1	Notas características Hipótesis 2
Foco y énfasis en derechos	Foco y énfasis en superación de la pobreza e integración
Énfasis en la identidad indígena y diversidad cultural	Énfasis en el mestizaje y la 'chilenidad'
Afirmación de la necesidad de normas y estatutos especiales, con acción afirmativa	Afirmación de la igualdad ante la ley y cautela ante normas y estatutos especiales
Historia 'larga' (más allá de los últimos treinta años)	Historia 'corta' (últimos treinta años)

Si bien las notas características de ambas hipótesis han sido identificadas y abordadas por parte de la literatura, es probable que no exista un adecuado entendimiento del papel que han tenido las tensiones entre ambas en dificultar la concreción de un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Un ejemplo de lo anterior es la tensión entre 'foco en el reconocimiento de derechos' y 'foco en superación de la pobreza e integración'. Para la visión que subyace a la hipótesis 2, el foco y énfasis en la superación de la pobreza se debe a criterios de realidad y prioridad en términos de la política pública hacia los pueblos indígenas, lo que posiblemente se suma, además, a una cierta reticencia político-ideológica a utilizar el lenguaje de derechos. Quienes son parte de esta visión tienen el temor que un énfasis desmedido en el catálogo de derechos a reconocer pueda conducir a un texto consti-

tucional pródigo en la consagración de derechos, pero con escasa aplicación práctica y escasa repercusión en el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas.

Otro ejemplo es la tensión entre ‘identidad y diversidad’, por un lado, y ‘mestizaje y chilenidad’, por el otro. La visión que subyace a la hipótesis 2 suele afirmar el mestizaje como una realidad que se opone a la idea de generar normas o tratos especiales. “Somos todos mestizos” o “todos somos chilenos”, se suele decir. Aunque esta afirmación del mestizaje quiere, incluso, aparecer como un reconocimiento de que, de un modo otro, todos somos indígenas en nuestras raíces, en definitiva, termina imponiéndose su cara menos amable: afirmar el mestizaje aparece como la negación de la pervivencia de las identidades indígenas y, por tanto, se puede interpretar como un cuestionamiento de la necesidad de reconocimiento (aunque de manera formal se lo apoye). Sin embargo, tal como en el ejemplo anterior, también subyace a esta visión la incomodidad que produce la afirmación de las identidades indígenas como totalmente ajenas y distintas a la identidad del resto de los chilenos, afirmación que aparece como desmintiendo el hecho natural y obvio de los ‘préstamos culturales’ y del propio mestizaje como fuente de integración.

Se podrían mencionar varios ejemplos más de tensiones entre las visiones subyacentes a ambas hipótesis. Pero ambos ejemplos permiten desde ya aventurar una afirmación fundamental: cuando se aíslan la mala fe, la sobreideologización, el racismo o clasismo como fuentes de estas tensiones, lo que queda es la incomprensión mutua derivada de la falta de conocimiento de la realidad, identidad y opinión del otro. Si lo anterior tiene algo de cierto, entonces parece ineludible confrontar una segunda pregunta: ¿no será que el sistema político (como un todo) nunca ha sido capaz de plantear la conversación de un modo distinto?

Una aproximación radical a esta última pregunta podría especular que al sistema político simplemente no le interesa plantear la conversación de un modo distinto, y menos generar una visión consensuada que se pueda plasmar en un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, porque dar ese paso implica que cada facción pierde argumentos y consignas que son relevantes para su discurso político y estrategia electoral.

Una perspectiva menos severa permite llegar a una conclusión distinta: el sistema político opera con factores electorales y político-partidistas –por ejemplo, elecciones presidenciales y parlamentarias cada cuatro años– que desincentivan de modo drástico la búsqueda de acuerdos en esta materia. Lo anterior se debe a que la ‘cuestión indígena’ tiene unas raíces que aparecen como hundidas en una época muy remota y cuyo abordaje se percibe de tal complejidad que sería iluso esperar réditos políticos de corto plazo de cualquier propuesta de ‘solución’.

Es justo reconocer, además, que la aproximación actual a la ‘cuestión indígena’ –y aquí no cabe mayormente hacer distinciones políticas o sociales– arrastra tensiones que vienen contraponiéndose desde los albores de la Colonia. Una de estas tensiones es la que se podría caracterizar como ‘fusil o diálogo’. En el marco del mal llamado ‘conflicto mapuche’, se suelen contraponer hoy dos visiones: la primera afirma que la paz, el orden y el respeto por el estado de derecho deben asegurarse a través de la actuación de las policías y de las Fuerzas Armadas mediante el uso legítimo de la fuerza si es necesario; y la segunda sostiene que el camino correcto es el del diálogo y la búsqueda de acuerdos. Esta tensión –con circunstancias y actores diversos– se puede remontar al menos hasta los albores del siglo XVII, cuando en los años posteriores a la batalla de Curalaba (‘Desastre de Curalaba’ para los cronistas españoles) se enfrentaban los partidarios de la penetración militar, por un lado, con el jesuita Luis de Valdivia y su ‘Guerra Defensiva’, por el otro. Doscientos cincuenta años más tarde, allá por 1850, la tensión volvería a manifestarse entre los partidarios de la ocupación militar de la ‘Frontera’ y quienes –como Ignacio Domeyko y José Victorino Lastarria– se resistían a aquella y propugnaban el camino de la evangelización y educación para hacer soberanía en la Frontera.

Un siglo más tarde, en 1974, el antropólogo Milan Stuchlik decía:

“Hasta hace poco, el interés chileno en los mapuche se centraba exclusivamente en los terrenos de la reglamentación del contacto; en otras palabras, la pregunta más importante era siempre ¿qué hacer con los mapuche?; y nunca, ¿qué son o cómo son los mapuche?”.

Esta afirmación, leída más de cuarenta años después, aún debiera movilizar nuestra reflexión. Tal vez, en el plano estrictamente académico y de la investigación, el defecto al que apuntaba Milan Stuchlik ha sido en buena medida superado. No obstante, más allá de esa esfera, es muy probable que se esté parados más o menos donde mismo.

Por lo mismo, al apreciar las brechas que existen en la actualidad entre las distintas visiones sobre la cuestión indígena –y cómo aquellas se reflejan en las diversas aspiraciones e intereses en cuanto a su abordaje constitucional– es importante entender sus raíces históricas y, desde esa comprensión, buscar nuevos caminos para el entendimiento.

### III. CONDICIONES ‘DE BORDE’ PARA UN RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En el capítulo anterior se ha intentado explicar –aunque sea de un modo imperfecto– por qué no ha sido posible concretar el reconocimiento constitu-

cional de los pueblos indígenas en los últimos treinta años. Dicha exposición no ha buscado justificar esa realidad, sino intentar una mejor comprensión de las visiones que subyacen a la dificultad a los actores sociales y políticos (indígenas y no indígenas) para lograr un entendimiento en esta materia.

Con ese telón de fondo, ¿cuáles serían, entonces, las condiciones ‘de borde’ para un reconocimiento constitucional que tenga alguna posibilidad de éxito? Ya se ha dicho que, para los efectos de este trabajo y debate, se entiende por ‘éxito’ un reconocimiento constitucional que reúna al menos las siguientes condiciones:

- i) que sea robusto en su configuración normativa, es decir, un reconocimiento adecuado a la realidad y que incluya un enfoque de derechos;
- ii) que pueda concitar consenso en el constituyente y
- iii) que, además, tenga la potencialidad de convocar a todos los habitantes de Chile en torno a una mirada común sobre la posición que se quiere que tengan los pueblos indígenas en la organización social y política.

En consecuencia, cuando se habla de condiciones ‘de borde’, naturalmente surge la referencia a las dos últimas condiciones recién mencionadas: se está hablando de una propuesta de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas que tenga la aptitud de concitar consenso en el constituyente y la potencialidad de convocar a todos los habitantes de Chile en torno a una mirada compartida.

En este capítulo, entonces, se proponen aquellas condiciones que se consideran básicas –tanto desde un punto de vista procesal como sustantivo– para una propuesta de reconocimiento constitucional que tenga posibilidades de satisfacer ambas condiciones, consenso y convocatoria.

Sin embargo, para llegar a una posición que permita proponer esas condiciones ‘de borde’, es necesario, primero, intentar identificar cuáles son las aspiraciones e intereses que están en juego. Ahora bien, tal como en otras partes de este trabajo, es necesario advertir que esta identificación de aspiraciones e intereses es naturalmente una simplificación de la realidad hecha con el deliberado propósito de ilustrar mejor las posiciones que existen.

La aspiración e interés del sector representado por la hipótesis 1, podría decirse, es un reconocimiento constitucional acorde con sus expectativas, es decir, un reconocimiento ‘robusto’ en el sentido que utilice un determinado lenguaje, que haga suyas ciertas ideas o nociones políticas, y que consagre un catálogo de los derechos que se juzgan como mínimos.

Por su parte, la aspiración del sector representado por la hipótesis 2 es un reconocimiento que se ajuste a la realidad social del país, que evite caer en una ‘hiperinflación de derechos’, que no conspire contra las posibilidades

de superación de la pobreza e integración al desarrollo, y que no ponga en riesgo la tarea ineludible de recuperar la paz y buena convivencia.

Si esas son las principales aspiraciones e intereses en juego, ¿cuáles son, entonces, las condiciones ‘de borde’ de una propuesta de reconocimiento constitucional que tenga la aptitud de concitar consenso en el constituyente y convocar a todos los chilenos en torno a una mirada compartida?

Se cree que las condiciones ‘de borde’ se pueden afirmar atendiendo a dos ángulos: el procesal y el sustantivo.

Desde un punto de vista del proceso:

- i) Debe abandonar el ‘terreno de la reglamentación del contacto’, para utilizar el concepto acuñado por Milan Stuchlik en 1974, en el sentido de que el proceso de reconocimiento constitucional debe plantearse desde una pregunta diversa a la que criticaba el antropólogo checoslovaco. La pregunta pertinente no es, entonces, ¿qué hacer con los mapuche?, sino, siguiendo la línea argumental de Milan Stucklik y situándola en el escenario actual, ¿qué piensan o qué quieren los pueblos indígenas? Y si esta es la pregunta que debe guiar la reflexión hoy, entonces el proceso de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas no puede sino desarrollarse con la participación activa de estos últimos.
- ii) No cabe duda, entonces, que el reconocimiento constitucional tiene que ser construido con la participación de los pueblos indígenas. Pero es importante ser precisos en las implicancias de lo anterior, pues no se trata de cualquier tipo de participación. Se trata de una participación especial en la convención constituyente, a través de escaños reservados o alguna otra fórmula que cumpla igual objetivo.

Esta participación, sin embargo, no debe confundirse con la consulta previa que establece el art. 6 del Convenio 169 de la OIT. El texto de una nueva Constitución que contenga un reconocimiento de los pueblos indígenas, en cuanto medida administrativa (la más importante de las medidas administrativas, se podría decir) susceptible de afectar directamente a aquellos, debiera ser sometida a consulta previa. Sin embargo, en la medida que el proceso constituyente considere una participación especial de los pueblos indígenas a través de escaños reservados u otra fórmula similar, será la opinión de los propios pueblos indígenas la que tendrá más relevancia a la hora de definir cómo se concilia dicha forma de participación con el derecho de consulta previa.

Por otra parte, desde una perspectiva sustantiva, las condiciones ‘de borde’ de una propuesta de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas son los siguientes:

- i) Debe corregir la omisión en que han incurrido la casi totalidad de las constituciones –incluyendo las más relevantes– y reconocer la

- existencia de los pueblos indígenas. Este elemento es esencial y surge de una exigencia básica de justicia con los pueblos indígenas.
- ii) Debe buscar un equilibrio entre lo que se podría llamar ‘principio de realidad’ –reflejar la realidad de lo que hoy sé es como sociedad en términos demográficos, culturales, etc.– y lo que se denominaría ‘horizonte aspiracional’, delinear la realidad a la que se aspira o la sociedad que se quiere construir.
  - iii) Debe aspirar a construir una ‘fórmula de convivencia’, es decir, aquel conjunto de reglas y principios, aquellos ‘arreglos institucionales’ que permitan una convivencia armónica entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad en su conjunto.
  - iv) Debe identificar o esbozar un ‘principio activo’ o ‘valor pivotante’ que sirva de punto de referencia para las políticas públicas.
  - v) Debe reconocer (aunque sea en la historia fidedigna de su discusión) los errores, injusticias y abusos cometidas por el Estado de Chile –la denominada ‘deuda histórica’– no para asignar responsabilidades por aquéllas, sino para intentar repararlas a través de un ‘nuevo pacto’.
  - vi) Debe sentar las bases para un ‘nuevo pacto’ entre los pueblos indígenas, el Estado y el resto de la sociedad, que permita una convivencia intercultural caracterizada por la el respeto mutuo, el diálogo genuino, la confianza y en definitiva la paz.

#### IV. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

##### DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO EL ‘NUEVO PACTO’

Al tratar las denominadas ‘condiciones de borde’, se han introducido tres conceptos que parece podrían ser útiles para orientar la discusión sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas: ‘fórmula de convivencia’, ‘arreglos institucionales’ y ‘nuevo pacto’.

En este capítulo se proponen aquellos contenidos específicos que debería tener el reconocimiento si lo que se busca es edificar sobre ellos una relación sostenible entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad chilena en su conjunto. Dicho de otra forma, se trata de identificar aquellos contenidos esenciales que habilitarían que el reconocimiento constitucional que surja del proceso constituyente pueda transformarse en un ‘nuevo pacto’ entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad chilena en su conjunto, para usar el concepto introducido por los antropólogos Sonia Montecino y Rolf Foerster.

Dichos antropólogos, comentando en el año 2007 la primera versión de la encuesta mapuche del Centro de Estudios Públicos, se preguntaban si

era posible interpretar los resultados de dicha encuesta desde la perspectiva del pacto:

“Nuestra idea es que si leemos la historia de las relaciones entre la sociedad mapuche y la chilena a través de esta noción, ello nos permite una comprensión más rica y compleja de esos nexos. El primer pacto, el colonial, hizo posible la construcción de la frontera, la que fue sancionada por la política barroca de los parlamentos; un nuevo acuerdo se gestó en el siglo XIX entre los lonkos y el gobierno de Pérez que dio origen a la ley de 1866, cuyo espíritu era el reconocimiento de las tierras mapuches y que se tradujo malamente en el sistema reduccional; un tercer pacto se gestó en 1952 entre la máxima organización mapuche –la Corporación Araucana– y el gobierno de Ibáñez que permitió la creación de una institución estatal (DASIN), dirigida por indígenas, que velara por las tierras y la producción mapuche; un cuarto pacto es el de Imperial (1989) en el cual los temas de reconocimiento y de reparación son basales. Desde nuestra mirada, la encuesta pone al descubierto cómo ese pacto (inseparable de los anteriores) no es sólo un asunto entre la elite política indígena y la chilena, sino que se expresa a nivel cotidiano, entre los mapuches y sus vecinos no indígenas”.

Esta reflexión de Sonia Montecino y Rolf Foerster –si se acepta por un momento su noción y recuento de los pactos– abre dos interrogantes fundamentales: ¿está agotado el (actual) cuarto pacto? y ¿es el proceso constituyente y consiguiente reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas la instancia y momento propicios para gestar un nuevo pacto?

Respecto a la primera pregunta, hay diversas razones que permiten afirmar que el pacto en la actualidad vigente está agotado o, al menos, no cuenta con los arreglos institucionales que son indispensables para generar una fórmula de convivencia que sea sostenible en el mediano y largo plazo.

Por otra parte, y en cuanto a la segunda pregunta, nada obliga a que un nuevo pacto –si se concluye que el actual está agotado– requiera necesariamente de una intervención en el ámbito constitucional para habilitarlo. Sin embargo, parece razonable que si el proceso constituyente *ad portas* –con todo lo que implica– es coincidente en el tiempo con un diagnóstico según el cual el pacto hoy vigente está agotado, entonces el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas constituye una oportunidad privilegiada para intentar construir una nueva fórmula de convivencia –un nuevo pacto– partiendo desde los cimientos de la organización social y política.

¿Cuáles deberían ser, entonces, los elementos de esa fórmula de convivencia si debe aspirar a erigirse en el nuevo pacto? Se cree que estos elementos son los siguientes:

- i) Reconocimiento.
  - ii) Institucionalidad.
  - iii) Interculturalidad.
- A continuación revisaremos cada uno.

### 1 Reconocimiento

En 2018, escribiendo sobre esta misma materia, Camila Palacios y Sebastián Donoso señalaban:

“El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas no puede construirse de cualquier forma, sino que debe surgir desde una exigencia básica de justicia. Con ello queremos decir que un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas no tiene que ver solo con enmendar una omisión histórica, sino también con fijar las reglas de una nueva fórmula de convivencia que se basa en reconocer la identidad del otro, renunciando a la idea de asimilación”.

No debe subestimarse la importancia del reconocimiento en tanto exigencia de justicia. Comentando sobre las razones que se han esgrimido a favor del reconocimiento de los pueblos indígenas, Carlos Peña señalaba que una de esas razones deriva

“de lo que podemos denominar *justicia anamnésica* (es decir, razones derivadas de la idea que es necesario completar a cabalidad el relato de lo que somos)”.

Este tipo de demandas, profundizaba:

“incluyen el reconocimiento de su calidad de sujeto de la historia, hasta ahora, como sabemos, olvidado, y sustituido por figuras míticas, de manual, que hacen sentido al observador, pero no al partícipe de esos grupos. [...] La pregunta, en este caso, de qué forma puede darse lugar a esta forma de justicia. Se trata, como es obvio, de reconstruir nuestra memoria, o contribuir a que se reconstituya, integrando sin violencia ese otro que, hasta ahora, aparece desprovisto de su calidad de sujeto”.

Desde este punto de vista, entonces, el reconocimiento no solo atiende a una exigencia de justicia anamnésica, sino, además, adquiere un simbolismo político que es de vital importancia. No debe confundirse, eso sí, simbolismo con significancia. El valor simbólico del reconocimiento es indiscutible pero no suficiente para dotarlo de robustez. Como decía Manuel Núñez:

“Lo que es pertinente subrayar es que la sola declaración simbólica (usual en varios de los proyectos de reconocimiento que han sido presentados en

nuestro Congreso Nacional) no pasa de ser una fórmula no significativa de reconocimiento. Por fórmulas significativas se entienden aquellas que son capaces de hilvanar los símbolos con formas de empoderamiento que, sin romper con la integridad territorial de los Estados, permiten canalizar los derechos de participación y libre determinación”.

En consecuencia, una consagración constitucional de los pueblos indígenas como una exigencia del reconocimiento –tal como ya lo planteaban Camila Palacios y Sebastián Donoso en 2018– debiera comprender al menos los siguientes elementos:

- i) Un reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas;
- ii) Un reconocimiento y valoración de sus particularidades propias; en definitiva, de sus identidades y culturas y
- iii) Un reconocimiento de sus derechos.

### *1.1 Reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas*

En cuanto al primer elemento –el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas– se trata como ya se dijo de una exigencia básica de justicia, cuyo punto de partida es precisamente reconocer en forma explícita la existencia de aquellos. En el cuadro 2 se muestra el lenguaje propuesto para este punto en algunos proyectos y documentos que se estiman relevantes para efectos de este trabajo.

Cuadro 2  
Propuestas para el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas en proyectos o documentos escogidos

Proyecto/Documento	Nº Boletín	Propuesta
Acuerdo arribado en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado en marzo de 2009	<i>Boletines</i> n.º 5.324-07 y n.º 5522-07	(Para reemplazar el art. 4º) 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. [...].

Sistematización Proceso Participativo Constituyente Indígena, mayo 2017		RECONOCIMIENTO DE LA PREEXISTENCIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS QUE HABITAN EL TERRITORIO (acuerdo total).
Proyecto de reforma constitucional presentado por la presidenta Michelle Bachelet en 2018	<i>Boletín</i> n.º 11.617-07	Art. 5º.- EL ESTADO RECONOCE A LOS PUEBLOS INDÍGENAS QUE HABITAN EN SU TERRITORIO COMO PARTE DE LA NACIÓN CHILENA, obligándose a promover y respetar su integridad de tales, así como sus derechos y su cultura. [...]

Un aspecto en contención aquí es si el reconocimiento debe referirse a la existencia o ‘preexistencia’ de los pueblos indígenas. Como se puede apreciar, de los cuatro documentos revisados solo la Sistematización del Proceso Participativo Constituyente Indígena se refiere a la preexistencia. Sin embargo, este aspecto ya ha sido abordado por el reconocimiento legal de los pueblos indígenas hoy contenido en la Ley n.º 19253 de 1993 o ‘Ley Indígena’, que señala:

“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos [...]”,

por lo que bien podría emplearse un lenguaje similar.

### *1.2 Reconocimiento y valoración de las particularidades propias de los pueblos indígenas, de sus identidades y culturas*

El reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas es, como se ha dicho, un elemento fundamental de cualquier fórmula constitucional relativa a los pueblos indígenas. Pero siendo fundamental, no es suficiente para configurar un reconocimiento robusto. Escribiendo en 2003, Maximilano Prado decía que la llamada cuestión indígena obliga a pasar de la simple constatación de un hecho –la presencia de los pueblos indígenas– a la determinación de las consecuencias institucionales y jurídicas que se pueden extraer de dicha presencia. Este camino, agregaba, tiene como elemento necesario y continuo el reconocimiento. Se podría añadir, entonces, un segundo elemento que no puede faltar en la ecuación: el reconocimiento y valoración de las particularidades propias de los pueblos indígenas: en otras palabras, el reconocimiento y valoración de sus identidades y culturas. Tal como en el caso anterior, en el cuadro 3 muestra el lenguaje propuesto para este punto en los mismos proyectos y documentos ya mencionados.

Cuadro 3  
Propuestas para el reconocimiento y valorización de las particularidades propias  
de los pueblos indígenas, de sus identidades y culturas en proyectos  
o documentos escogidos

Proyecto/Documento	N.º Boletín	Propuesta
Acuerdo arribado en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado en marzo de 2009	<i>Boletines</i> n.º 5.324-07 y n.º 5522-07	(Para reemplazar el art. 4º) 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. [...]
Sistematización Proceso Participativo Constituyente Indígena, mayo 2017		DEBER DEL ESTADO DE PRESERVAR LA DIVERSIDAD CULTURAL DEL PAÍS (acuerdo total).
Proyecto de reforma constitucional presentado por la presidenta Michelle Bachelet en 2018	<i>Boletín</i> n.º 11.617-07	Art. 5º.- EL ESTADO RECONOCE a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la Nación chilena, obligándose A PROMOVER Y RESPETAR SU INTEGRIDAD DE TALES, ASÍ COMO SUS DERECHOS Y SU CULTURA. [...] Art. 22.- TODO HABITANTE DE LA REPÚBLICA DEBE RESPETO a Chile, a sus emblemas nacionales y A LOS EMBLEMAS DE SUS PUEBLOS INDÍGENAS. Son emblemas de la Nación chilena la bandera nacional, el escudo de armas de la República y el himno nacional. LOS CHILENOS TIENEN EL DEBER FUNDAMENTAL DE HONRAR a la patria, de defender su soberanía Y DE CONTRIBUIR A PRESERVAR la seguridad nacional y LOS VALORES ESENCIALES de la tradición chilena y DE SUS PUEBLOS INDÍGENAS.

Una fórmula posible de seguir es la observada por el proyecto de reforma constitucional presentado por la presidenta Michelle Bachelet en el año 2018, que consta de dos principales elementos:

- i) el deber del Estado de promover y respetar la integridad de los pueblos indígenas, así como sus derechos y su cultura y
- ii) el deber de todo habitante de la República de honrar y contribuir a preservar los valores esenciales de sus pueblos indígenas.

### 1.3 Reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas

Un tercer elemento a considerar es el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Este aspecto es fundamental no solo por la importancia que tiene para configurar un reconocimiento robusto desde un punto de vista normativo, sino, también, porque –como se vio al enunciar la hipótesis 1– las visiones que subyacen a esta última se han opuesto históricamente a cualquier reconocimiento que no reúna ciertos requisitos básicos que se juzgan como mínimos, incluyendo el reconocimiento explícito de ciertos derechos. En el cuadro 4 se muestra el lenguaje propuesto para este aspecto en los proyectos y documentos ya identificados.

Cuadro 4.  
Propuestas para el reconocimiento de derechos los pueblos indígenas en proyectos o documentos escogidos

Proyecto	N° Boletín	Texto propuesto
Acuerdo arribado en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado en marzo de 2009	<i>Boletines</i> n.° 5.324-07 y n.° 5522-07	(Para reemplazar el art. 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. [...]
Sistematización Proceso Participativo Constituyente Indígena, mayo 2017		Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a conservar, fortalecer y desarrollar su historia, identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones propias (acuerdo total). Reconocimiento y protección de los derechos culturales y lingüísticos de los

		<p>pueblos indígenas, su patrimonio cultural, material e inmaterial (acuerdo total).</p> <p>Derecho a la libre determinación, a ejercerse en el marco constitucional a través de estatutos especiales dentro del territorio. Los delegados indígenas solicitaron eliminar esa limitación (acuerdo parcial).</p> <p>Derecho a participar plenamente en la vida política del Estado en todos los órganos colegiados. En el caso del Congreso Nacional, esta representación se materializará a través del 10% de escaños reservados, asegurando paridad de género. Los delegados indígenas solicitaron un 20% (acuerdo parcial).</p> <p>Elevar a rango constitucional el deber de consulta. Los delegados indígenas solicitaron una referencia expresa a los estándares del Convenio 169 (acuerdo parcial).</p>
<p>Proyecto de reforma constitucional presentado por la presidenta Michelle Bachelet en 2018</p>	<p><i>Boletín</i> n.º 11.617-07</p>	<p>Art. 5º.- El Estado reconoce a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la Nación chilena, OBLIGÁNDOSE A PROMOVER Y RESPETAR su integridad de tales, así como SUS DERECHOS Y SU CULTURA. [...]</p> <p>Art. 19.- Esta Constitución, a través de los órganos y autoridades en ella establecidos, asegura y garantiza a todos las personas como derecho directamente aplicable: 32º.- Los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas y el derecho a su patrimonio cultural, material e inmaterial de conformidad a la ley. Es deber del Estado fomentar tales derechos. La preservación y difusión de los idiomas de los pueblos indígenas será establecida en la ley.</p>

El principal punto en contención aquí, como es lógico, es cuáles son los derechos específicos a reconocer; en otras palabras, el catálogo de derechos a incluir en el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. En el ámbito comparado existen diversas definiciones de esta sensible cuestión: mientras la Constitución de la República del Ecuador<sup>2</sup> reconoce un extenso

<sup>2</sup> Art. 57.

catálogo de derechos –veintiún derechos para ser más exacto–, la Constitución Política de Colombia es más somera e incluye el reconocimiento de derechos con particular referencia al funcionamiento de los denominados ‘territorios indígenas’<sup>3</sup>.

Cabe mencionar aquí lo propuesto por Manuel Núñez en 2017, en relación con la extensión y detalle de una futura propuesta de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas:

“Como principio orientador general de la reforma se aconsejan las regulaciones generales y habilitadoras de regímenes especiales antes que fórmulas detalladas que dificulten el avance del proceso (‘menos es más’).”

Coincidiendo con Manuel Núñez, se cree que es aconsejable un reconocimiento que se extienda a los derechos que se estiman como más relevantes y que se constituyan en sustento normativo y punto de referencia para el sistema jurídico en su conjunto. Estos derechos son los que se indican a continuación.

#### i) Derecho a la libre determinación

La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Declaración) establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, y agrega que en virtud de este derecho aquellos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural<sup>4</sup>. Repite así, de manera casi idéntica, la fórmula contenida tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>5</sup>. A continuación, la Declaración establece que los pueblos indígenas, en ejercicio de la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales<sup>6</sup>.

¿Qué implicancias concretas podría tener el reconocimiento de este derecho en la Carta Fundamental? Es importante abordar esta pregunta porque es probable que las visiones subyacentes a la hipótesis 2 vean en su reconocimiento un riesgo para la unidad del Estado. Camila Palacios y Sebastián en 2018, refiriéndose a esta cuestión, señalaban:

---

<sup>3</sup> Arts. 9, 287 y 330. Debe considerarse además el derecho de participación en el Senado y Cámara de Representantes que se consagra respectivamente en los arts. 171 y 176; y el reconocimiento que hace el art. 10 de las lenguas y dialectos étnicos como oficiales en sus territorios, así como de la enseñanza bilingüe en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias.

<sup>4</sup> Art. 3.

<sup>5</sup> Art. 1° n.° 1.

<sup>6</sup> Art. 4.

“Tanto la Declaración como el Convenio 169 descartan que este derecho se extienda a lo que la doctrina denomina como ‘autodeterminación externa’, es decir, el derecho de un pueblo a decidir su separación de un Estado. El Convenio 169 lo hace cuando señala expresamente que la utilización del término ‘pueblos’ no debe interpretarse en el sentido que se le atribuye a dicho término en el derecho internacional. La Declaración por su parte, se cuida de señalar que ‘nada 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’. Si lo anterior es así, un derecho de libre determinación consagrado constitucionalmente sólo puede referirse a la denominada ‘autodeterminación interna’, es decir, el derecho de los pueblos indígenas a decidir libremente sus prioridades de desarrollo cultural, social y económico, así como su organización política, dentro del Estado”.

Es preciso, sin embargo, agregar una puntualización respecto al derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales. Se distingue aquí entre autonomías territoriales y no territoriales. Manuel Núñez en 2017 explica la distinción entre ambas de la siguiente manera:

“El eje que transversalmente atraviesa prácticamente todos los ámbitos de regulación constitucional es la autonomía en dos tipos o modalidades que son complementarias. La primera de ellas es la autonomía territorial y se refiere a formas de descentralización o autogobierno dentro del país. La segunda es la llamada autonomía no territorial y alude a una variedad multiforme de técnicas de atribución de poder político a grupos determinados, donde la transferencia de poder no va asociada al control de un territorio específico. Estas formas de autonomía no territorial procuran esquivar las dificultades y conflictos propios del control territorial, reemplazándolo por otras formas de reconocimiento, representación y participación”.

¿Cómo aplicar esta distinción al caso chileno? El propio Manuel Núñez avanza una tesis:

“En el caso chileno, el carácter preferentemente mixto de la población, el predominio de territorios compartidos con población no indígena y la concentración de la población indígena en las ciudades, parece aconsejar dirigir las miradas hacia esas formas de autonomía no territorial”.

De este modo, tal vez con la excepción del pueblo rapa nui y el territorio de Isla de Pascua –considerando que la actual constitución reconoce

a este último como ‘territorio especial’ y establece que se regirá por un estatuto también especial que hasta la fecha no se ha dictado, norma que es probable que se mantenga en un futuro texto constitucional— existen antecedentes que sugieren que el camino aconsejable es precisamente el de las autonomías no territoriales.

ii) Derecho a sus propias instituciones políticas, culturales, económicas y sociales.

La Declaración establece que 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 de manera plena, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado<sup>7</sup>.

Por su parte, refiriéndose a estas instituciones, la Organización Internacional del Trabajo en 2009 ha puntualizado:

“Las disposiciones del Convenio núm. 169 no deberían entenderse como que están restringidas únicamente a las instituciones tradicionales, sino que se aplican a las prácticas actuales del desarrollo social, cultural y económico de los pueblos indígenas. En otras palabras, las adaptaciones culturales y el desarrollo tecnológico de los pueblos indígenas no deberían reducir o impedir la aplicabilidad de estas disposiciones. Esto también significa que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer instituciones contemporáneas, si las instituciones tradicionales ya no son adecuadas para satisfacer sus necesidades e intereses”.

En línea con lo anterior, uno de los aspectos que podría incluirse como parte de este reconocimiento es lo relativo a los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a su patrimonio cultural, material e inmaterial, así como el deber del Estado de proteger y fomentar los mismos. Particular relevancia tendrá aquí reenviar a una ley la preservación y difusión de los idiomas de los pueblos indígenas, sobre todo considerando lo que se dice más adelante respecto a la interculturalidad como principio orientador y articulador del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

iii) Derecho a la participación.

Finalmente, parece que incluir como parte del reconocimiento constitucional el derecho a la participación de los pueblos indígenas es un complemento necesario de los dos derechos ya aludidos. Esto es en especial relevante en

---

<sup>7</sup> Art. 5.

la medida que se estimen como más apropiadas para la realidad chilena las formas de autonomía no territorial, pues como ya se dijo en ellas lo que tiene relevancia no es el control de un territorio específico –dadas las dificultades ya mencionadas– sino otras formas de representación y participación en distintas instancias de toma de decisiones. Manuel Núñez en 2017 resumía el alcance de estas últimas de la siguiente manera:

“En la literatura y práctica comparada las formas de autonomía no territorial son amplias y de muy diversa naturaleza. Ellas comprenden una gama de mecanismos que facilitan la capacidad de acción política (agency) de los pueblos indígenas: a) el derecho de organización política, expresado a través de partidos o de organizaciones consuetudinarias propias reconocidas por el Estado; b) la capacidad de crear un derecho propio (usualmente consuetudinario) coercible frente a las instituciones estatales (como costumbre vinculante al menos en disputas entre miembros de una misma etnia) o propias (mediante la llamada justicia indígena); c) la capacidad de decidir sobre asuntos de naturaleza cultural como la educación, la lengua o la religión; d) el derecho de participación en las instancias decisorias de políticas estatales nacionales o locales; e) la capacidad para hacerse representar ante asambleas o cuerpos colegiados con poderes de decisión; y f) la autoridad para opinar a través de cuerpos consultivos locales o nacionales”.

De todos los mecanismos de participación reseñados, uno que, sin duda, tendrá una particular relevancia en el debate constituyente será la capacidad de los pueblos indígenas para hacerse representar ante asambleas o cuerpos colegiados con poderes de decisión. En efecto, se sabe que desde hace algún tiempo se ha venido planteando la posibilidad de establecer alguna fórmula de participación política especial de los pueblos indígenas en diversas instancias de tomas de decisiones y, en particular, en el Congreso Nacional, sea por la vía de cuotas, escaños reservados u otro mecanismo. Este tema ha cobrado especial actualidad en el marco de la discusión para establecer escaños reservados para representantes de los pueblos indígenas en la futura convención constituyente. Sin embargo, tanto o más importante será establecer en el nuevo texto constitucional una fórmula permanente de participación de los pueblos indígenas en el Congreso Nacional. El proyecto de reforma constitucional presentado por la presidenta Michelle Bachelet en el año 2018 ya había propuesto una fórmula que bien podría servir de punto de partida para la futura discusión:

“ARTÍCULO 5.- El Estado reconoce a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la Nación chilena, obligándose a promover y respetar su integridad de tales, así como sus derechos y su cultura.

*Los pueblos indígenas participarán como tales en el Congreso Nacional, mediante una representación parlamentaria, cuyo número y forma de elección serán determinados por una Ley Orgánica Constitucional”* (las cursivas del autor).

En cualquier caso, la fórmula de escaños reservados aparece hoy como la más aconsejable. Una cuestión a resolver será qué aspectos básicos deben necesariamente consignarse en la Constitución y qué detalles debieran ser determinados luego por la ley.

## *2 Institucionalidad*

Un segundo elemento que se juzga como central en una fórmula de convivencia que aspire a erigirse en el nuevo pacto, es la institucionalidad. Una de las principales críticas que se le pueden hacer a la institucionalidad actual en esta materia es la precariedad de la misma. Evidencia palmaria de esa precariedad son precisamente los proyectos de ley que se tramitan hoy en el Congreso Nacional y que propician la creación de un Ministerio de Pueblos Indígenas, por un lado, y de los Consejos de Pueblos Indígenas, por el otro.

Pero no se trata aquí de que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas incluya detalles de la institucionalidad, cuestión que le compete a la ley. Se trata, en realidad, de referenciar en la futura Constitución los elementos básicos de una institucionalidad que habilite un diálogo constructivo y cooperación entre los pueblos indígenas y el Estado, para cuya consecución es crítica la distinción entre la institucionalidad ‘DE’ los pueblos indígenas –es decir, la institucionalidad que se dan los propios pueblos indígenas para dialogar con el Estado, entre otros fines– y la institucionalidad ‘PARA’ los pueblos indígenas, aquella que el Estado se da para idéntico efecto y para canalizar sus políticas y acciones dirigidas hacia los pueblos indígenas.

Por otra parte, se cree que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas constituye una oportunidad propicia para abordar la cuestión de las tierras indígenas en el que es uno de sus aspectos más sensibles y críticos: el mecanismo en la actualidad vigente para resolver los ‘problemas de tierras’. Escribiendo en 2017, Sebastián Donoso presentó una tesis sobre la ineptitud o fracaso del art. 20 letra b) de la Ley Indígena y de su principal expresión, la compra de predios en conflicto:

*“Primer argumento:* El mecanismo consagrado en el Art. 20 letra b) de la Ley Indígena, por la amplia discrecionalidad que implica su configuración normativa, es muy vulnerable a irregularidades administrativas; constituye un incentivo a la violencia y es por tanto responsable (en buena

medida) de la espiral de violencia registrada a partir de 1997 asociada a reivindicaciones de tierras; y, por lo mismo, requiere ser reemplazado.

*Segundo argumento:* El mecanismo del Art. 20 letra b) debe ser reemplazado, no eliminado. Esta afirmación se basa en dos premisas igualmente importantes: (i) el Estado tiene una obligación legal de ampliar las tierras indígenas, y debe por tanto diseñar mecanismos para cumplir ese mandato; y (ii) el “problema de tierras” existe y es una cuestión de índole política que debe ser asumida como tal.

*Tercer argumento:* El sistema o mecanismo que reemplace el Art. 20 letra b) debe ser fruto de un proceso de diálogo con participación de todos los actores, y desde luego con los propios pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas. Si bien el Congreso Nacional deberá tener un rol clave en la etapa de discusión legislativa del sistema o mecanismo que se acuerde en ese proceso de diálogo, la existencia y calidad de este diálogo previo será indispensable para generar una solución sustentable.

*Cuarto argumento:* El objetivo principal de un nuevo sistema o mecanismo, aparte de su aptitud para cumplir el mandato de ampliación, es que permita deslindar las demandas o requerimientos de ampliación de tierras que tienen fundamento de las que no lo tienen. Por lo mismo, dicho sistema o mecanismo deberá tener unos principios y características básicas que se proponen en los apartados que siguen.

La tesis central, como se aprecia, postula que el mecanismo del art. 20 letra b) de la Ley n.º 19253 debe ser reemplazado por un nuevo sistema o mecanismo que, aparte de su aptitud para cumplir el mandato de ampliación de las tierras indígenas, permita deslindar las demandas o requerimientos de solución de ‘problemas de tierras’ que tienen fundamento de las que no lo tienen. Dada la relevancia y urgencia que tiene esta cuestión –los eventos de los últimos meses y años dan sobrada cuenta de ello–, se propone incluir en la futura constitución un artículo transitorio que encomiende a una ley especial la instalación de un nuevo mecanismo institucional que permita canalizar, resolver y ponerle márgenes a los problemas y reivindicaciones de tierras.

### 3 Interculturalidad

Al tratar las condiciones ‘de borde’ para una propuesta de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, se decía que la propuesta debe identificar o esbozar un ‘principio activo’ o ‘valor pivotante’ que sirva de punto de referencia para las políticas públicas en esta materia.

La necesidad de este principio activo o valor pivotante surge de la lógica misma del reconocimiento. En efecto, el reconocimiento permite visibi-

lizar la realidad de la coexistencia, y esta, a su vez, impone el deber de instar por una convivencia armónica. Como decía Maximilano Prado en 2005:

“La pregunta constitucional por los pueblos indígenas, como ya hemos dicho, surge al constatar que existe una necesidad fáctica de convivencia, impuesta por el hecho mismo de la coexistencia de los pueblos indígenas y de la sociedad mayoritaria, en un mismo espacio territorial y político. Esta necesidad de convivencia, una vez planteada la reflexión sobre el modelo de relaciones interculturales, se transforma en su sustento más básico. De simple hecho, pasa a ser un imperativo de comunicación, bajo el cual no basta con alcanzar un *modus vivendi* fundado en razones fácticas, como las diferencias de poder y de nivel de desarrollo económico, sino que exige aspirar a una relación de diálogo y consideración recíproca. Una vez que convenimos en que todos estamos aquí para quedarnos, se impone el deber de quedarse armónicamente”.

Ahora bien, este ‘quedarse armónicamente’ supone a cabalidad una actitud caracterizada por una búsqueda activa de una relación de diálogo, consideración y retroalimentación recíproca. Esta actitud, se cree, se encarna bien a través del principio de interculturalidad. Según Camila Palacios y Sebastián Donoso en 2018:

“Reconociendo la complejidad de la cuestión, nuestra opinión es que la interculturalidad es el ‘principio activo’ que tiene mayor potencialidad para generar un esfuerzo genuino de encuentro cultural, que supere la lógica de tolerancia pasiva que nos parece caracteriza al multiculturalismo”.

La interculturalidad –agregaban–, se ha entendido como la interacción entre dos o más culturas de modo horizontal y sinérgico y, por tanto, como una condición que favorece la convivencia armónica de todos los individuos. La interculturalidad se puede caracterizar como una intención directa de promover el diálogo y el acercamiento entre culturas.

Si bien una opción por la interculturalidad no tendría por qué ser necesariamente expresada en el texto constitucional, existen casos en que sí lo ha sido. La Constitución Política de Ecuador, por ejemplo, incorpora el principio de la interculturalidad a través de la siguiente secuencia (lo resaltado en las normas citadas es del autor):

Primero. Se incluye el carácter intercultural como un descriptor del Estado de Ecuador:

“Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, *intercultural*, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

Segundo. Se menciona expresamente la aspiración de instalar una relación intercultural:

“Art. 2.- La bandera, el escudo y el himno nacional, establecidos por la ley, son los símbolos de la patria.

El castellano es el idioma oficial del Ecuador; *el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales DE RELACIÓN INTERCULTURAL*”.

Tercero. Se establece el deber del Estado de promover el diálogo intercultural (art. 28 inciso segundo):

“Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones”.

Cuarto. Se incluye el principio de interculturalidad en todas aquellas secciones de la carta fundamental que lo requieren (desde luego en las disposiciones sobre educación y salud, pero en varias otras también).

Pues bien, más allá de si se juzga conveniente seguir o no la fórmula de la Constitución ecuatoriana, se cree que lo relevante es buscar una forma de identificar o esbozar en el texto constitucional el principio de interculturalidad en tanto ‘principio activo’ o ‘valor pivotante’ que sirva de punto de orientación y referencia para el conjunto de la política pública en esta materia. De todos modos, la experiencia de Ecuador permite, además, relevar otro aspecto medular de la cuestión: el principio de interculturalidad interpela a la sociedad en su conjunto –a indígenas y no indígenas– de modo tal que el reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución deja de ser una cuestión que compete solo a estos últimos y se transforma en una materia que compete y convoca a todos.

## BIBLIOGRAFÍA

DONOSO, Sebastián (2017). “Compra de predios en conflicto. Análisis crítico y una propuesta”, en Isabel ANINAT S., Verónica FIGUEROA H., Ricardo GONZÁLEZ T. (eds.). *El pueblo mapuche en el siglo XXI. Propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*, Santiago: Centro de Estudios Públicos.

MONTECINO, Sonia y Rolf FOERSTER (2007). “Un gesto implacable guardado en nuestras entrañas. Notas reflexivas sobre una encuesta iluminadora”. *Revista Estudios Públicos*, n.º105. Santiago.

NÚÑEZ, Manuel (2017). “Pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional. Formas de autonomía territorial y no territorial”, en Isabel ANINAT S., Verónica

- FIGUEROA H., Ricardo GONZÁLEZ T. (eds.). *El pueblo mapuche en el siglo XXI. Propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*, Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT. Ginebra: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.
- PALACIOS, Camila y Sebastián DONOSO (2018). *Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate*, Santiago: Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Temas de la Agenda Pública, año 13, n.º 103. Santiago.
- PEÑA, Carlos (2002). "Sobre las demandas de los pueblos originarios en un estado constitucional". *Serie Documentos de Trabajo*, n.º 343. Santiago.
- PRADO, Maximiliano (2003). "La cuestión indígena y las exigencias del Reconocimiento". *Colección de Investigaciones Jurídicas*, n.º 3. Santiago.
- PRADO, Maximiliano (2005). "La cuestión indígena como cuestión constitucional. Algunas proposiciones para su discusión". *Revista Derecho y Humanidades*. n.º 11. Santiago.
- STUHLIK, Milan (1974). *Rasgos de la sociedad mapuche contemporánea*. Santiago: Ediciones Nueva Universidad.