

P.

puntos de referencia

CENTRO
DE ESTUDIOS
PÚBLICOS

EDICIÓN DIGITAL
N° 625, OCTUBRE 2022

POLÍTICA Y DERECHO

Varias naciones: desafíos jurídicos de la plurinacionalidad

MANUEL NÚÑEZ POBLETE Y ANTONIA RIVAS PALMA



RESUMEN

- Dentro del universo de sentidos que puede tener el término plurinacionalidad, este trabajo se enfoca en sus consecuencias legislativas y administrativas.
- ¿Qué debía regular la ley en nombre de la plurinacionalidad y de qué forma debería hacerlo?
- ¿Qué órganos administrativos demanda la plurinacionalidad y qué debería regular la Administración del Estado a su respecto?
- Por ejemplo, ¿cómo deberían diseñarse las Autonomías Territoriales Indígenas? ¿Cómo deberían insertarse en el conjunto del Estado?
- Jurídicamente ¿cuál es la diferencia entre pueblos indígenas y naciones indígenas?
- ¿Iba la propuesta constitucional más allá del Convenio 169 de la OIT?
- ¿Es compatible un límite basado en los derechos humanos entendidos universalmente, por una parte, y el enfoque intercultural, por la otra?

MANUEL NÚÑEZ POBLETE es abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Profesor de Derecho de la misma universidad, Doctor en Derecho, Universidad Santiago de Compostela.

ANTONIA RIVAS PALMA es abogada, Universidad Diego Portales, Profesora de Antropología en la Pontificia Universidad Católica de Chile, Ex asesora de la Convención Constitucional, Doctora en Antropología, University of California, Berkeley.

Transcripción del seminario “Varias naciones: desafíos jurídicos de la plurinacionalidad”, cuarta sesión del Ciclo “La última milla: seis discusiones sobre la propuesta constitucional”, celebrada el 16 de agosto de 2022 en el CEP. El seminario fue moderado por Macarena Granese (CEP) y su grabación está disponible en: <https://youtu.be/-fpLeQAKH84>

N. del E.: Este *Puntos de Referencia* se publica tras el plebiscito de 04/09/22. La propuesta de nueva Constitución hecha por la Convención Constitucional ha sido rechazada por la ciudadanía. Sin embargo, el contenido de este *Puntos de Referencia* es útil cualquiera sea el rumbo que tome la discusión constituyente.



PRESENTACIONES

1. Presentación de Manuel Núñez

Quisiera agradecerle al CEP y a Lucas Sierra por haberme invitado a esta conversación bajo este título tan sugerente de “La última milla”, aun cuando voy a intentar demostrar que, por lo menos en lo que se refiere al reconocimiento de los pueblos indígenas, no se trata de la última milla, sino que es un camino que se ha comenzado a recorrer con varios hitos y para el que seguro quedan muchos más. El más importante de estos hitos fue, en los últimos decenios, la incorporación del Convenio 169 de la OIT.¹ Y hay que decir que ésta es una de las áreas donde con más dificultad el derecho encaja con la realidad, con la sociedad, particularmente con la sociedad que conocemos especialmente poco o, mejor dicho, con sociedades que conocemos especialmente poco. Allí, creo yo, se da con especial fuerza esta dificultad.

La invitación se me extendió para que tratase de poner algunos temas sobre la mesa, más que agotarlos, y que esos temas fueran los asociados a las proyecciones jurídicas de la plurinacionalidad. Esto responde, en parte, a ciertas demandas que fueron visibles durante muchos años y que se cristalizan en el articulado que aprobó la Convención Constitucional de una manera, creo yo, bastante completa, aunque con muchas dificultades de aplicación como lo voy a señalar luego. Pero creo que es una de las áreas donde con mayor intensidad se abocó la Convención.

El más importante de estos hitos fue, en los últimos decenios, la incorporación del Convenio 169 de la OIT.

Y voy a partir respecto del proyecto de nueva Constitución solamente recordando que el Estado de Chile se declara un Estado que es plurinacional, intercultural y ecológico.² Ese es el saludo en la parte de los principios fundamentales que la propuesta constitucional encontró para reconocer a los pueblos indígenas. Respecto de eso, el principio de la plurinacionalidad, que quizás voy a desarrollar más adelante en la conversación, se acompaña de otro que es como su revés: el de la pluriculturalidad y que tiene alrededor

¹ Decreto N° 236 promulga el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, publicado en el Diario Oficial 14 de octubre de 2008.

² Art. 1.1. Propuesta de Constitución Política de la República de Chile 2022 (“PNC”): “Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico.”

de diez proyecciones, por ejemplo, en materia jurisdiccional, de seguridad pública, de entidades territoriales, buen gobierno, función pública, salud, participación, acceso a la justicia y un largo etcétera.

En lo que se refiere a la plurinacionalidad, el dato es que el proyecto reconoce la existencia de varias naciones que componen el Estado de Chile.³ Y esto hace que se rompa ese viejo principio del Estado unitario que está en la Constitución vigente, reconocido en el artículo tercero.⁴ Y por más que el proyecto de nueva Constitución insista en hablar de la unidad, de la indivisibilidad del Estado, lo cierto es que éstos son términos que son prácticamente incompatibles.⁵ Naturalmente la personalidad jurídica internacional, especialmente del Estado, se mantiene como una sola, pero se quiebra este viejo principio, el principio de unidad del Estado, que implicaba muchas unidades: la unidad de pueblo, la unidad lingüística, la unidad de Constitución, la unidad de legislación, de ordenamiento jurídico. También la unidad de administración de justicia, que hoy día se disgrega en estos sistemas de justicia, el sistema de justicia estatal, por una parte, y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, a los cuales también me voy a referir en unos momentos más.

¿Cuáles son las proyecciones de la plurinacionalidad? Voy a ir solamente mencionando lo que creo son los temas principales en el ámbito legislativo, en el ámbito judicial, en el ámbito del gobierno y la administración regional.

Naturalmente la personalidad jurídica internacional, especialmente del Estado, se mantiene como una sola, pero se quiebra este viejo principio, el principio de unidad del Estado, que implicaba muchas unidades: la unidad de pueblo, la unidad lingüística, la unidad de Constitución, la unidad de legislación, de ordenamiento jurídico.

En el ámbito legislativo, fuera de la regulación de los escaños reservados y de la incorporación constitucional de la consulta legislativa, creo que no varía mucho.⁶ Se incorporan términos más o menos parecidos al Convenio 169 de la OIT, como la obligación de realizar la consulta respecto a las medidas legislativas, y quedaba relativamente bien, salvo por un desacierto final a propósito de las entidades territoriales, de lo que se ha hablado mucho, cuando se refiere al consentimiento.⁷ Pero creo que en

³ Art. 5.1. PNC “Chile reconoce la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado.”

⁴ Art. 3º inciso primero: “El Estado de Chile es unitario.”

⁵ Ver Arts. 7 y 187.4 PNC.

⁶ Sobre escaños reservados ver Arts. 252.3 y 254.3 PNC, y sobre consulta indígena ver Art. 66 PNC.

⁷ Art. 191.2. PNC: “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 reconocidos en esta Constitución”.

300 artículos había que cometer más de algún error. Se equivocó Andrés Bello, no se iban a equivocar los convencionales. Y creo que quedamos más o menos igual porque la definición de las medidas que se consultan no tiene mayor cambio respecto a lo que hoy día dicen las normas del Convenio 169. Y también queda, digamos, absolutamente desprovisto de cualquier posibilidad de garantía de control judicial, porque como no va a haber control preventivo de constitucionalidad, la posibilidad de que un proyecto de ley o de reforma constitucional que se apruebe, sin consulta indígena, no va a poder ser impugnado (como hoy día tampoco lo es, al menos con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, porque hoy día se entiende que el trámite de la consulta no es un trámite constitucional, sino que es un trámite puramente legal). Hoy día en la propuesta de nueva Constitución pasa a ser un trámite constitucional, pero que no va a tener ninguna garantía de naturaleza jurisdiccional, que no sea la inaplicabilidad, la cual queda recortada de manera tan profunda que la verdad es que dificultó que tenga alguna eficacia práctica.

También se proyecta este factor plurinacional en la participación de los pueblos indígenas en distintos órganos constitucionales, en el Consejo de la Justicia (Art. 342.2) y en la Comisión de Fiscalización de los estados de excepción (Art. 305).

En el plano judicial o jurisdiccional, de lo que se ha hablado mucho también, es de los sistemas de justicia que están expresamente reconocidos en el artículo 309.⁸ Yo aquí solamente diría, con relación al reconocimiento de estos sistemas de justicia, que como ustedes saben se ha generado mucha polémica y la pregunta es cómo la Convención consiguió poner al ciudadano medio en contra de los pueblos indígenas. La respuesta es que, en buena parte, fue por esta discusión; que ya está hoy día presente en el Convenio 169. No hay, yo diría, en esta materia una mayor diferencia sustantiva. Hoy día el Convenio expresamente establece que los pueblos indígenas tienen, producto de su cultura, derecho a exigirnos que se respeten estas instituciones. Desafortunadamente en la propuesta ese reconocimiento de los sistemas indígenas de justicia quedó sin limitaciones.

Hoy día el Convenio expresamente establece que los pueblos indígenas tienen, producto de su cultura, derecho a exigirnos que se respeten estas instituciones. Desafortunadamente en la propuesta ese reconocimiento de los sistemas indígenas de justicia quedó sin limitaciones.

⁸ Art. 309 PNC: “1. El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia. Estos deberán respetar los derechos fundamentales que establecen esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte. 2. La ley determinará los mecanismos de coordinación, de cooperación y de resolución de conflictos de competencia entre los sistemas jurídicos indígenas y las entidades estatales.”

Se han hecho, entre los exégetas de la propuesta, distintos ejercicios para decir que, en realidad, como la propuesta dice que hay que respetar los derechos humanos y como uno de ellos es el principio de legalidad y tipicidad, quedaría muy restringido. La verdad es que eso no responde al problema principal, porque en ciertos casos estas normas van a ser consuetudinarias. Ahora bien, no necesariamente ni siempre van a ser siempre normas consuetudinarias. Hay una visión esencialista, que considera que estas son normas estáticas en el tiempo. La verdad es que son normas que pueden perfectamente ir modificándose. Que sean normas tradicionales que hunden sus raíces en la noche de los tiempos, es una posibilidad, pero la segunda clave que fundamenta estos sistemas, junto con esta identidad cultural, es la autodeterminación. Y al apelar a la autodeterminación existe la posibilidad de crear un derecho nuevo, un derecho que no necesariamente sea un derecho de carácter cultural, puede ser parecido al derecho estatal, una especie de derecho paraestatal. Porque en la medida en que es en clave de autodeterminación, ya no es solo la cultura ancestral la que se protege sino decisiones políticas o decisiones estratégicas, las que habrá que discutir quizá no tanto en clave de derechos humanos como en clave política, tal como se discuten o se toman decisiones en la política ordinaria.

Por último, en materia de gobierno, la propuesta contiene dentro de este océano de autonomías, órganos autónomos (van quedando pocos órganos importantes que no sean autónomos en la propuesta) y a esos órganos autónomos se unen estas entidades territoriales autónomas como la Región Autónoma, la Comuna Autónoma, las entidades indígenas territoriales, también, autónomas y los territorios especiales. Vamos de lo particular a lo general.

Los territorios especiales habían quedado prometidos para el caso de Rapa Nui (también para el Archipiélago Juan Fernández, pero no me voy a referir a él porque no versa sobre la convocatoria) desde la reforma del año 2007 a la Constitución. Y como bien saben ustedes, más de diez años después, todavía no se han concretado. Esto es un dato empírico que creo es importante. Aquí es posible que la implementación, tanto en lo legislativo como en el sustrato sociológico de las organizaciones que diseñan las autonomías indígenas territoriales, puede que tarde 20, 30, 40 o quizás 50 años en concretarse.

Al apelar a la autodeterminación existe la posibilidad de crear un derecho nuevo, un derecho que no necesariamente sea un derecho de carácter cultural, puede ser parecido al derecho estatal, una especie de derecho paraestatal.

Los territorios especiales en el diseño original tenían como misión el someterse a un régimen especial de gobierno y administración. Es decir, escapar de las reglas generales de la Constitución y la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. En la propuesta cumplen con esa función. Y desapa-

rece una que sí tienen hoy día en el artículo 126 bis de la Constitución⁹, y de hecho es la única de las áreas en que efectivamente hubo legislación, que es la posibilidad de establecer regímenes especiales para la residencia, la permanencia, en el fondo, ciertas excepciones al derecho a residir que emana del actual artículo 19 número 7 de la Constitución. Eso es lo único que hoy día se ha llevado a cabo, que es la famosa ley de residencia para el caso de Rapa Nui. Curiosamente esa segunda parte se le fue a la propuesta y el estatuto especial hoy día ha quedado habilitado solo en la primera materia que mencioné. No veo por dónde esos territorios puedan limitar derechos y me parece bien que ello sea así.

Para el caso de Rapa Nui, sí, es bien interesante que se constitucionaliza el Acuerdo de Voluntades de 1888 y es en esa relación que debe entenderse este estatuto.¹⁰ El estatuto especial de Rapa Nui sería uno de rango constitucional y habría que acompañarlo de otros estatutos que permita la ley. Y eso es algo que va a aparecer bastantes veces en la propuesta, por cuanto se reconocen 11 pueblos indígenas más “otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley” (Art. 5.2 PNC). Entonces, en cuanto a estatutos especiales, encontramos el de Rapa Nui, el del Archipiélago Juan Fernández, más los que sean creados de acuerdo con la ley. Podrían, en consecuencia, haber otros estatutos especiales.

En el caso de Rapa Nui hay una norma bastante importante, porque tiene una consecuencia fiscal relevante, que reconoce la titularidad colectiva de los derechos sobre el territorio al pueblo Rapa Nui, sin perjuicio de los derechos de propiedad que estén individualmente o comunitariamente asignados. Eso significa que, de entrar en vigor la nueva Constitución, quedaría cancelada, a mi juicio, de pleno derecho, la inscripción fiscal de la isla, que, como saben ustedes, data de principios de la década de 1930. Y se va a generar un interesante proceso de negociación para permitir que se justifique el uso de ciertos sitios que eran fiscales, como es prácticamente toda la isla, salvo Hanga Roa, que representa una pequeña fracción. Como les digo, seguramente surgirá alguna necesidad del fisco de negociar esos espacios que están siendo ocupados por la CODEIPA [Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua], la Dirección General de Aeronáutica Civil, la Armada de Chile, en fin.

Para el caso de Rapa Nui, sí, es bien interesante que se constitucionaliza el Acuerdo de Voluntades de 1888 y es en esa relación que debe entenderse este estatuto.

⁹ Art. 126 bis: “Son territorios especiales los correspondientes a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández. El Gobierno y Administración de estos territorios se regirá por los estatutos especiales que establezcan las leyes orgánicas constitucionales respectivas.”

Los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde cualquier lugar de la República, garantizados en el numeral 7° del artículo 19, se ejercerán en dichos territorios en la forma que determinen las leyes especiales que regulen su ejercicio, las que deberán ser de quórum calificado.”

¹⁰ Art. 238 PNC: “En el territorio especial de Rapa Nui, el Estado garantiza el derecho a la libre determinación y autonomía del pueblo nación polinésico Rapanui, asegurando los medios para financiar y promover su desarrollo, protección y bienestar en virtud del Acuerdo de Voluntades firmado en 1888, por el cual se incorpora a Chile. Se reconoce al pueblo Rapanui la titularidad colectiva de los derechos sobre el territorio con excepción de los derechos sobre tierras individuales de sus miembros. Un estatuto de autonomía regulará el territorio Rapa Nui.”

Y luego están las autonomías territoriales indígenas, que son una figura nueva. Creo que es una figura interesante, que cumple con una de las cosas que se esperaba de esta propuesta, que es otorgar ciertos espacios institucionales en que se encuentran los pueblos indígenas con el Estado. La fórmula que se diseña es la creación de estas entidades territoriales autónomas indígenas. No son creadas por la Constitución, sino más bien son una especie de mixtura, en el sentido de que, primero, debe el Estado diseñar procedimientos para el reconocimiento de estas entidades, y luego, son los pueblos indígenas los que deben requerir, a través de sus organizaciones representativas, al Estado, su reconocimiento como entidades territoriales.¹¹ Aquí el gran desafío va a ser el discernir la diferencia entre estas entidades territoriales indígenas y las actuales formas de organización que reconoce la Ley Indígena, que son las comunidades, que son formas de organización más bien vecinales. Por eso decía antes que puede llevar muchos años el ofrecer incentivos o estímulos que lleven a las comunidades indígenas a organizarse en estas nuevas autonomías territoriales indígenas. ¿Por qué digo esto? Porque esto supone la iniciativa, la agencia, por parte de las comunidades. Y si esto funciona, la pregunta va a ser si estas nuevas entidades ¿van a reemplazar a las actuales comunidades? Si las reemplazan, se puede producir una ventaja. Hoy día, por ejemplo, para la industria extractiva es muy difícil saber con quién negociar porque hay comunidades, hay asociaciones, hay juntas de vecinos, en fin; el criterio para entender cuándo estamos ante una organización representativa indígena es bastante laxo. De generarse esta institucionalidad, yo creo, que puede ser útil, si es que es capaz la autonomía territorial indígena de superponerse como entidad representativa a las organizaciones menores. Si no es capaz de superponerse, va a ser una más.

El gran desafío va a ser el discernir la diferencia entre estas entidades territoriales indígenas y las actuales formas de organización que reconoce la Ley Indígena.

Por último, el proceso de reconocimiento de estas entidades es materia de ley. No lo dice en el artículo 234, pero sí en la disposición decimoséptima transitoria¹², en cuanto a que la ley regulará la creación,

¹¹ Art. 234 PNC: “1. La autonomía territorial indígena es la entidad territorial dotada de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, donde los pueblos y naciones indígenas ejercen derechos de autonomía en coordinación con las demás entidades territoriales. Es deber del Estado reconocer, promover y garantizar las autonomías territoriales indígenas para el cumplimiento de sus fines. 2. La ley, mediante un proceso de participación y consulta previa, creará un procedimiento oportuno, eficiente y transparente para la constitución de las autonomías territoriales indígenas. Dicho procedimiento deberá iniciarse a requerimiento de los pueblos y naciones indígenas interesados, a través de sus autoridades representativas.”

¹² Decimoséptima transitoria PNC: “Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Presidente de la República, previo proceso de participación y consulta indígena, deberá enviar al Poder Legislativo el proyecto de ley que regule los procedimientos de creación, formas de delimitación territorial, estatutos de funcionamiento, competencias, resolución de contiendas entre entidades territoriales y demás materias relativas a las autonomías territoriales indígenas. Ingresado el proyecto, el Poder Legislativo tendrá un plazo máximo de tres años para su tramitación y despacho.”

la delimitación territorial, los estatutos de funcionamiento, las competencias y los criterios de resolución de competencia. Acá hay algunos errores porque la resolución de competencias es una atribución que está entregada a la Corte Constitucional.¹³ No hay al respecto criterios relativos al gobierno de estas entidades, y eso podría ser un problema para el funcionamiento de los estatutos. No queda claro si va a ser un gobierno en el cual sólo tengan parte quienes pertenezcan a estos pueblos o si va a ser un gobierno mixto. Si es un gobierno mixto yo no veo problema. El problema podría generarse cuando sea un gobierno exclusivo de quienes pertenezcan a estos pueblos y que decida también el destino de quienes habitan un territorio sin ser parte de ese pueblo indígena. No sé si me explico: que se instituya una especie de gobierno étnico sobre quienes no tienen esa identidad étnica. Ahí yo creo que se puede generar un problema. También queda abierta la delimitación territorial. No le corresponde a la Constitución definirla, será por medio de la ley su determinación. Y ahí la pregunta es ¿cuáles van a ser los criterios para determinar ese territorio? Si va a ser un criterio basado exclusivamente sobre la propiedad, como sucede hoy día en muchas partes en Chile, o si va a ser algo más que la propiedad y que, por lo tanto, el territorio va a incluir tierras propiamente indígenas y tierras o espacios ocupados por personas que no forman parte de estas comunidades.

Ese es el cuadro muy sucinto de cómo se proyecta jurídicamente en la propuesta la plurinacionalidad. Como ven, esto va a requerir de una organización, y eso creo yo que es la gran distancia que hay entre la propuesta y la realidad. En materia de justicia indígena es evidente. No existen en términos homogéneos los sistemas de justicia. En algunas comunidades indígenas hay mayores formas de organización que permiten sistemas de autocomposición del conflicto. En otras simplemente no existen, porque la misma comunidad no quiere que existan, porque prefieren que sea el Estado quien les resuelva sus conflictos. En materia de organización territorial, dado que hay muchos lugares en el territorio nacional donde también hay conflictos, habrá que esperar que se superen esos conflictos intracomunitarios para ver si es posible que se organicen estas unidades territoriales mayores. A eso me refería con esta distancia entre la teoría o la norma y la realidad en la que deberán aplicarse el día de mañana estas normas, si llegan a aprobarse.

No existen en términos homogéneos los sistemas de justicia. En algunas comunidades indígenas hay mayores formas de organización que permiten sistemas de autocomposición del conflicto. En otras simplemente no existen, porque la misma comunidad no quiere que existan, porque prefieren que sea el Estado quien les resuelva sus conflictos.

¹³ Ver Art. 381.1 letra c) PNC.

2. Presentación de Antonia Rivas

Muchas gracias por la invitación, es un placer estar aquí. En general, esta audiencia no es la audiencia en que habitualmente hablamos sobre plurinacionalidad. Voy a intentar dividir mi exposición en dos partes. Primero intentaré hablar sobre las razones que, a mi juicio, nos permiten sostener que la incorporación de la plurinacionalidad en el texto constitucional es una buena noticia, que permitirá una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado. Y, en segundo lugar, intentaré hablar de cómo se concretiza la propuesta constitucional y cuál sería entonces el rol de la ley y de la administración en esta concreción de la plurinacionalidad.

Entonces, en primer lugar, yo creo que es importante entender que generalmente en América Latina, y en todas las partes del mundo, hay poblaciones indígenas. Ha existido una tendencia a la asimilación cultural de los pueblos indígenas con la idea de homogeneizar la identidad nacional, con la idea que somos sólo una nación, en desmedro del reconocimiento de varias identidades diferenciadas. En general los proyectos nacionales, a principios del siglo XIX, enfrentaron estas herencias indígenas de dos maneras. Por una parte, invisibilizando la mera existencia de los pueblos indígenas y ahí surgen el exterminio, el genocidio y todo lo que vemos en general en los pueblos, sobre todo del sur del país. Y, por otra parte, en otros lugares, generalmente, conviven bajo un discurso que se apropia de la herencia indígena y enaltece el mestizaje, que es algo que vemos muy frecuentemente también en Chile cuando aprendemos en el colegio de los guerreros araucanos que representan la raza heroica en nuestro país. Esos dos discursos se fueron dando, y todavía se dan en algunas partes. Estos discursos, en general, se construyen en la base de un supuesto pasado glorioso de los indígenas, al tiempo que niegan su presente, los marginan y los excluyen, y no lo reconocen en general como entidades del futuro o del presente.

Ha existido una tendencia a la asimilación cultural de los pueblos indígenas con la idea de homogeneizar la identidad nacional, con la idea que somos sólo una nación, en desmedro del reconocimiento de varias identidades diferenciadas.

Durante las últimas décadas, más o menos desde 1980 y 1990 en Latinoamérica, pero también en muchos otros países del mundo, se han experimentado profundos cambios en la relación y en el reconocimiento de los pueblos indígenas de la mano de movimientos sociales indígenas que luchan por su identidad, la recuperación de las tierras, de su autonomía y la autodeterminación. ¿Cuáles han sido las respuestas de los Estados frente a eso? Han sido muy distintas, pero en general han adquirido relevan-

cia el reconocimiento constitucional, el reconocimiento de tratados firmados por los propios estados con los pueblos indígenas, ratificación de convenios internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (“Declaración”) y otros procesos constituyentes.

Chile se ha convertido en Latinoamérica en el ejemplo paradigmático de la omisión de dicho reconocimiento. Se han presentado cerca de 13 o 14 proyectos de reforma constitucional, los cuales no han prosperado y generalmente no pasan ni siquiera la primera o segunda etapa de tramitación. Me encanta decir que hay un representativo y bien esclarecedor artículo 47 de la Constitución de 1822, que señalaba que era deber del Congreso cuidar de la civilización de los indios del territorio.¹⁴ Esa es la única referencia que hemos tenido respecto de pueblos indígenas, en los textos constitucionales de Chile.

Frente a este desafío, el reconocimiento de la invisibilización de los pueblos indígenas en el Estado nacional, junto con muchas otras demandas (de las que no es el momento de hablar, derivadas del estallido social y de lo que pasaba en el país), se crea una Convención Constitucional que está integrada, por primera vez, por ciudadanos y ciudadanas, y, además, tiene una gran novedad, inédita a nivel constitucional comparado, que son 17 escaños reservados para los 11 pueblos indígenas. Bueno, el resultado es conocido: “Chile es un Estado social y democrático de Derecho, es plurinacional, intercultural, regional y ecológico” (Art. 1.1 PNC). Y ahí parte esto que yo llamo la arquitectura de una nueva relación. Como decía Manuel muy bien, esto se va recogiendo en muchas partes del texto constitucional.

Se han presentado cerca de 13 o 14 proyectos de reforma constitucional, los cuales no han prosperado y generalmente no pasan ni siquiera la primera o segunda etapa de tramitación.

Antes que todo, he de referirme brevemente a una diferencia que es sustancial y que se ha discutido mucho, que tiene que ver con la multiculturalidad y la plurinacionalidad en general. Es un tema que se habla mucho. No sé si han escuchado decir, por ejemplo, “a mí me gusta el reconocimiento”, dicen algunas personas, “pero preferiría que fuera multicultural y no plurinacional”. Cuando hace casi quince años atrás, en el primer gobierno de la presidenta Bachelet, se elaboró un plan de acción llamado *Re-Conocer Pacto Social por la Multiculturalidad* (2008)¹⁵, grandes sectores dijeron en ese momento, que Chile no era multicultural, que ten un solo pueblo porque la Ley Indígena no habla de pueblos

¹⁴ Art. 47 N° 6 Constitución de 1822: “Corresponde al Congreso: Cuidar de la civilización de los indios del territorio”.

¹⁵ Disponible en <http://www.intendenciaaraucania.gov.cl/filesapp/Pacto%20social.pdf>

indígenas, sino que habla de etnias. Pero el multiculturalismo, y eso es interesante, es un escenario caracterizado en general por una diversidad de lenguas, de culturas, de miembros que lo conforman. Es un estado muy natural también de los países europeos, donde reciben grandes afluencias migratorias, donde conservan su cultura, pero no hay una situación de diversidad de pueblos. Y el problema es que a mediados de la década de los noventa y principios de los dos mil se empieza a asociar por las propias comunidades indígenas de Latinoamérica con el sistema de no reconocimiento, con un sistema más bien neoliberal, o liberal si se quiere, de reconocimiento “light” de estos derechos, como les digo yo, que son los derechos culturales, y no asociado más bien al reconocimiento de tierras, de recursos, de territorio. Entonces, en general, el multiculturalismo, como dice su nombre, es un reconocimiento a la cultura y a la identidad. Pero esto no es estático. Hay países que se reconocen multiculturales, que reconocen el derecho del territorio, mientras que hay otros países que se reconocen plurinacionales, que no reconocen el derecho al territorio. O sea, no es algo perfectamente definido.

¿Por qué? Porque no son estándares internacionales y eso es súper importante decirlo. Son proyectos políticos. La interculturalidad es una forma de relacionarse, de diálogo, de simetría entre las distintas visiones del mundo. Es una meta, un proyecto, no es una forma en que se ve el Estado. Y la plurinacionalidad, de nuevo, no es que exista un concepto, porque no es un estándar internacional, sino que es un proyecto político. Por eso es interesante cuando se habla de la vía chilena a la plurinacionalidad, porque no todos los países pueden reconocer de la misma manera esto que es un proyecto político y un proyecto académico también. La plurinacionalidad, entonces, se asocia a remarcar la existencia de varios pueblos, y no solo de varias culturas, y sus derechos colectivos al interior de un mismo Estado. Contempla entonces este reconocimiento de una calidad colectiva diferenciada y acá, incluso en los artículos de la propia Declaración, siempre en el marco de la integridad territorial y la unidad estatal.

La interculturalidad es una forma de relacionarse, de diálogo, de simetría entre las distintas visiones del mundo. Es una meta, un proyecto, no es una forma en que se ve el Estado.

Ya entrando en el texto de la propuesta de nueva Constitución, creo que la base de la plurinacionalidad tiene que ver con la participación en la vía política nacional, el reconocimiento de derechos políticos, sociales, económicos, lingüísticos y de otro tipo, de estas identidades, de estos colectivos o pueblos que conviven en un mismo estado. Evidentemente, como se ha dicho mucho también y a veces de forma muy despectiva, esta idea de la plurinacionalidad deriva sin duda del constitucionalismo andino de Ecuador y Bolivia. Pero también me gustaría sostener que países como Estados Unidos, Canadá, Australia, Suecia, Dinamarca basan sus relaciones con los pueblos indígenas en tratados

que firman con las naciones indígenas. Y eso es, evidentemente, a mi juicio, una relación de nación a nación. Incluso en Estados Unidos hablan de *domestic dependent nations*, o sea, naciones domésticas dependientes. O de las primeras naciones en Canadá. Entonces se configura acá, y es algo interesante, el reconocimiento de los tratados que firman las propias naciones indígenas, en este caso, con los pueblos indígenas. Y eso, a mi juicio, configura claramente una relación plurinacional dentro de un mismo Estado.

Yo creo que la plurinacionalidad, entonces, es una nueva forma de entender el Estado, de entender la democracia, que nos desafía a pensar que al interior de un Estado pueden convivir diversas naciones sin perder la única nacionalidad. Por ejemplo, el artículo 114.3 lo deja bastante claro cuando dice: “Toda persona podrá exigir en cualquier documento oficial que su identificación sea consignada, además de la nacionalidad chilena, su pertenencia a alguno de los pueblos y naciones indígenas del país.” Y acá la encuesta CEP ratifica esto de que los pueblos indígenas se sienten parte y pertenecen —en el caso del pueblo mapuche— a la nacionalidad chilena, pero integran y pueden también ser parte de pueblos indígenas.¹⁶

Yo creo que la plurinacionalidad y la interculturalidad no hablan a los pueblos indígenas, sino que nos hablan a otros, a nosotros, al pueblo de Chile, porque los pueblos indígenas siempre han vivido la plurinacionalidad; son ellos los que han tenido que aprender otras lenguas, otras costumbres, otras formas de vida. Somos nosotros ahora, los chilenos, quienes tenemos un nuevo desafío de aprender a vivir en esta plurinacionalidad.

Yo creo que la plurinacionalidad y la interculturalidad no hablan a los pueblos indígenas, sino que nos hablan a otros, a nosotros, al pueblo de Chile, porque los pueblos indígenas siempre han vivido la plurinacionalidad; son ellos los que han tenido que aprender otras lenguas, otras costumbres, otras formas de vida.

También es importante señalar que la plurinacionalidad y la multiculturalidad, como dije, no son estándares internacionales. Yo he escuchado mucho en los debates que se dice ¿dónde está la plurinacionalidad en el Convenio 169? Bueno, no va a estar. Tampoco va a estar la interculturalidad, tampoco va a estar el multiculturalismo. ¿Por qué? Porque son proyectos políticos. Lo que sí está es la libre determinación o la autodeterminación. En el Convenio 169, de una manera un poco más atenuada,

¹⁶ Encuesta CEP Especial N° 87, Febrero-Julio 2022, disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/encuestas-cep/encuestas-2010-2021/encuesta-cep-especial-n-87-febrero-julio-2022>

que habla de las prioridades de desarrollo, y en la Declaración, de manera más fuerte. Pero no vamos a encontrar estos términos en los estándares internacionales. Y ahí mismo, incluso en la Declaración, cuando habla de autodeterminación dice: “Nada de lo contenido en la presente Declaración [...] se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.”¹⁷

Yo creo que lo que está haciendo la plurinacionalidad es lo contrario a lo que se ha mencionado muchas veces. Yo creo que lo que aquí estamos dando es una vía institucional al conflicto y la exclusión; que estamos permitiendo que aquellos que no fueron parte y que fueron sistemáticamente excluidos del Estado, se hagan parte. Y eso, a mi juicio, la institucionalidad, es lo que va a permitir resolver este conflicto. La agudización del conflicto que tenemos hoy no se da con la Constitución nueva, se da con la Constitución actual, y siento que es el momento entonces de probar otras alternativas y esto que yo llamo la arquitectura de una nueva relación constitucional. Algunas cosas importantes, y en esto comparto con Manuel, es que aquí se viene una larga discusión legislativa, tanto en el Congreso actual como en el futuro Congreso, ojalá con escaños reservados, pero que tendremos aquí un proceso de discusión largo, arduo, difícil, de reconocimiento. Pero esto sería, a mi juicio, el primer paso.

Por último, me parece relevante y es fundamental entender, que las realidades de los pueblos indígenas que conforman hoy día el Estado son muy diversas. No es lo mismo la realidad del pueblo de Rapa Nui, del pueblo chango, del pueblo mapuche, del pueblo diaguita. Yo les hago a mis alumnos un desafío cuando partimos el curso. A los estudiantes les digo que me nombren a los 11 pueblos y nunca pueden. Yo creo que ese es un desafío que todos deberíamos partir haciendo en el sentido de que digamos cuáles son. Y ese ejercicio es algo que todavía, en general, es desconocido. El desafío, entonces, ahora, si es que se aprueba esta propuesta de nueva Constitución va a estar en la ley, en la manera en que se hacen realidad estos derechos.

Se ha dicho mucho de los privilegios, de los beneficios que tienen los pueblos indígenas y quiero discrepar con fuerza al respecto. Creo que los pueblos indígenas no tienen otros derechos, no se les reconoce otros derechos. Se les reconoce otra manera de ejercer esos derechos, que es una manera colectiva.

¹⁷ Art. 46.1. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, disponible en https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Entrando a la segunda parte de mi exposición, tenemos, como muy bien decía la presentación anterior, varias concreciones de esto. Pero acá me gustaría decir dos cosas. Se ha dicho mucho de los privilegios, de los beneficios que tienen los pueblos indígenas y quiero discrepar con fuerza al respecto. Creo que los pueblos indígenas no tienen otros derechos, no se les reconoce otros derechos. Se les reconoce otra manera de ejercer esos derechos, que es una manera colectiva. Todo el mundo tiene derecho a la propiedad, lo que pasa es que la propiedad de los pueblos indígenas se ejerce de manera colectiva. Todo el mundo tiene derecho a la participación, pero la participación de los pueblos indígenas se ejerce de otra manera. Entonces, no es que sean nuevos derechos. Podríamos discrepar ahí y empezar a pensar qué pasa con la consulta y en distintas formas de participación, pero no hay otros derechos. En general, la titularidad es colectiva y esa es la gran diferencia.

Y otro de los alcances importantes es que siempre hay límites en esto, como se dice en la propuesta de nueva Constitución, muchas veces, como la indivisibilidad del territorio, los derechos humanos, el derecho internacional. Yo creo que es importante, también decirlo fuertemente, que yo no veo problema, y es muy importante afirmarlo, que es necesario que se aclaren conceptos o términos dudosos sobre temas complejos. La discusión en la Convención Constitucional fue muy difícil, muy compleja. Por ejemplo, lo que decía Manuel del artículo sobre Rapa Nui, del cual yo me hago responsable. En este caso votaron en contra del inciso segundo que decretaba la posibilidad de restringir la libertad de circulación, que era a nuestro juicio fundamental. Y eso fue rechazado. No es que se nos haya olvidado, sino que finalmente fue rechazado por 101 o 102 votos. Nunca supimos muy bien por qué se rechazó. Que era básicamente el punto de que en Rapa Nui se encontraban en una situación de carga ambiental, de sostenibilidad ambiental importante.

Algunos puntos breves para ir cerrando. La libre determinación siempre se entiende en los estándares internacionales con dos variables, la interna y la externa. La interna es al interior de sus propias comunidades, de su propio pueblo, y en ese sentido tenemos las autonomías territoriales y los derechos. Y la otra, que es la variable externa, refiere a participar en la vida nacional, y aquí quiero referirme a tres temas.

Respecto a los escaños reservados en órganos del Estado, bueno, yo he escuchado y leído propaganda que dice que van a haber escaños reservados en todos los órganos del gobierno, y eso no es cierto. Van a haber escaños reservados en los órganos colegiados de representación popular a nivel regional, local y nacional, pero cuando corresponda en proporción a la población. Y esa proporción a la población lo va a determinar la ley. Eso quiere decir que en ciertos lugares no van a haber escaños reservados y en otros sí, dependiendo del porcentaje de población que establezca efectivamente la ley.

La libre determinación siempre se entiende en los estándares internacionales con dos variables, la interna y la externa.

También se crea un registro electoral indígena. Y acá quiero aclarar, también, otro punto respecto a la autoidentificación, porque la gente se pregunta si acaso alguien puede llegar y auto identificarse como indígena. Pero el derecho a la autoidentificación, que es un estándar internacional, habla en general de dos tipos de reglas: una es que yo tengo derecho a auto identificarme sin que el Estado me diga no, tú no eres indígena; pero también tiene un criterio de membresía, de pertenencia, que quiere decir que son los propios pueblos quienes determinan quién pertenece o no pertenece a su pueblo. Por ejemplo, en Rapa Nui no corre la autoidentificación. Sólo son Rapa Nui los que son hijos de padre y madre Rapa Nui o que descienden o tienen un apellido Rapa Nui. Pero en el caso del pueblo mapuche se acepta que se adquiera por matrimonio o por vivir en una comunidad durante mucho tiempo. Entonces, son distintas reglas y estas reglas de pertenencia y autoidentificación serán también las que tendrán que darse. La regla es un voto y una persona, porque se ha dicho mucho que los pueblos indígenas votarían dos veces y eso no es efectivo. Si alguien está inscrito en un padrón electoral indígena votaría por el padrón electoral indígena y no por el padrón electoral nacional, y eso es importante. Acá se trata de una lógica distinta en la representación, parecida, por ejemplo, de lo que se propone en la Cámara de las Regiones. La Cámara de las Regiones propone que van a haber tres representantes por región y a mí no me parece una mala noticia que en Magallanes tenga la misma proporción de representantes que en Santiago, porque permitirá que, por primera vez, las prioridades de Magallanes sean escuchadas, a diferencia quizás del centralismo del que estamos acostumbrados nosotros. Es una lógica distinta de representación. Son pueblos indígenas como integrantes del Estado, pero como agentes políticos.

Sobre el pluralismo jurídico me gustaría decir que esto es algo donde hay una amplia experiencia comparada. El pluralismo jurídico es la posibilidad y la forma que tienen de resolver sus propios conflictos, los propios pueblos indígenas.

Sobre el pluralismo jurídico me gustaría decir que esto es algo donde hay una amplia experiencia comparada. El pluralismo jurídico es la posibilidad y la forma que tienen de resolver sus propios conflictos, los propios pueblos indígenas. Ya está reconocida en nuestra legislación la costumbre indígena en el artículo 54 de la Ley Indígena.¹⁸ Y en la mayoría de estos países, en las regulaciones de los Estados

¹⁸ Art. 54 Ley N° 19.253 (Diario Oficial 5.10.1993): “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad. /Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal. /El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación.”

Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Colombia, Nicaragua, Ecuador, Bolivia, México, los reconocen y establecen ciertos criterios que yo espero que la ley también los establezca, que tienen que ver con el ámbito territorial donde lo establecen, que sean procesos voluntarios, que sea entre indígenas, que hayan ciertas materias excluidas, y siempre con el límite de los derechos humanos. O como lo dice la Corte Constitucional Colombiana, el núcleo duro de constitucionalidad. Entonces acá, como en todos los temas previos, como las autonomías territoriales indígenas, hay un mandato a la ley que habilita a una larga discusión pero que entrega a una vía institucional para resolver el conflicto.

Quiero cerrar señalando que esta discusión sobre los derechos colectivos y su inclusión como parte del Estado es un marco general. Es una arquitectura que abre las conversaciones y las discusiones. No es una norma fija, o pétrea que la cierra por siempre, sino que, muy por el contrario, es el camino para que nos encontremos.



DIÁLOGO

Pregunta

Quería preguntarle a Manuel si en conflictos entre naciones indígenas tienen atribuciones las cortes internacionales para dirimirlos.

Manuel Núñez

La respuesta actualmente es negativa porque los pueblos indígenas no tienen legitimación procesal. Tienen legitimación como víctimas para recurrir a tribunales internacionales, pasando previamente, en el caso del sistema interamericano, por la Comisión Interamericana. Pero no pueden requerir la intervención de la Corte Penal Internacional, porque solamente tienen legitimación para crímenes graves los Estados y el Consejo de Seguridad de la ONU. No tienen legitimación ante la Corte Interamericana porque la legitimación ante la Corte la tienen los Estados y la Comisión Interamericana. En el plano de las Declaraciones, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y más específicamente todavía la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, estos acuerdos son instrumentos que también están regidos por el derecho internacional. Eso remece los cimientos del concepto colonial del derecho internacional. Y aquí, cuando uno habla de colonialismo, a veces la gente se asusta, como si la estuvieran acusando. El derecho internacional es colonial. Hugo Grocio no escribe *Del derecho de la guerra y de la paz* pensando en las estrellas, está pensando en una potencia na-

val como eran los Países Bajos en el Siglo de Oro. Lo mismo los juristas salmantinos, no escriben en el aire ni Suárez, ni Vitoria, lo que era el origen del Derecho de gentes, sino que están pensando que era una potencia colonial como era en ese momento la Corona Española, antes de que con los Borbones se transformaran en algún momento de la historia en un Estado. Entonces, ese modelo pretende, sobre todo la Declaración Americana, decir “mire, cuando las controversias no puedan ser resueltas por las partes en relación a esos tratados, por ejemplo, el Acuerdo de Voluntades de 1888, estas serán sometidas a los órganos competentes”, y agrega “incluidos los órganos regionales internacionales”. Esto se discutió mucho, pero eso requiere de un paso que seguramente se va a necesitar en algún momento, y esto no depende solo de Chile, se requiere de una reforma al diseño de las instituciones, del sistema de la Organización de Estados Americanos.

Pregunta

Para Antonia: ¿Qué piensas de la consulta indígena que se hizo a propósito de la Convención Constitucional? Tengo entendido que participó menos del 1%. Según la encuesta CEP que se hizo al pueblo mapuche y no mapuche, la plurinacionalidad e incluso los escaños reservados, no son una gran prioridad de ese pueblo. Entonces tú dices que la plurinacionalidad es una gran noticia, pero al parecer para el pueblo mapuche no es claro de si es una gran noticia si uno lee la encuesta.

Antonia Rivas

Respecto a la consulta indígena, creo que efectivamente hubo discusiones desde el principio de si era necesario hacerla porque estaban los escaños reservados. Se pidió muchas veces apoyo económico al Gobierno, lo que no se dio hasta el final. Fue un proceso difícil. Yo creo que fue un proceso complejo en términos de logística, de si se hacía o no se hacía. Pero yo creo que es importante entender la consulta indígena junto con otras cosas que sí se dieron. O sea, se hicieron cerca de 150 audiencias de representantes de pueblos indígenas y se presentaron más de 170 proyectos de iniciativa popular indígena. Yo creo que habría que ver la consulta, las audiencias y las iniciativas, esas tres cosas, en su conjunto.

Yo creo que participó muy poca gente en general. Ahora, si uno lo compara con la consulta que se hizo durante el segundo gobierno de la Presidenta Bachelet, no es tan poco. La consulta de Bachelet duró siete meses y tuvo varias etapas. Ésta, en cambio, duró tres semanas. Entonces creo que ahí hay un análisis distinto. Es importante, además, pensar que a un proceso constituyente de un año (que ya es una locura de proceso constituyente), sumarle una consulta indígena ya era un desafío difícil. Entonces, de alguna manera se cumplió la idea de hacerla, recibir insumos, se hizo un instrumento, pero sin duda que hubiese sido mejor haber tenido el tiempo adecuado de una consulta normal, que son alrededor de seis meses.

Respecto a la encuesta CEP, yo la valoro mucho, creo que dio resultados interesantes. Había algunas preguntas complicadas, como si está usted de acuerdo con la conformación de un Estado independien-

te mapuche separado del Estado chileno.¹⁹ Claramente la gente dijo que no, pero eso no es lo que está en el proyecto de nueva Constitución. A mí me pareció una encuesta súper interesante y buena, y yo sí creo que la plurinacionalidad, desde que tengo experiencia en esto, era una demanda constante. De hecho, en la consulta de Michelle Bachelet salió como primera demanda junto con territorio, al igual que en esta.²⁰ Entonces, creo que estos términos son términos políticos, y que, en general, es complicado utilizarlos en las encuestas. No es tan fácil, sobre todo con un concepto que aparece recién en la opinión pública, preguntar ¿qué prefiere usted, el multiculturalismo o la plurinacionalidad? Además, y esto es una opinión personal, cuando se ha transformado el tema indígena en la primera carta de aquellas personas que no están por la propuesta de nueva Constitución, y se habla de privilegios, creo que se hace más difícil todavía esta confrontación. O sea, yo creo que aquí hay un *target* bien específico sobre los derechos de los pueblos indígenas que ha sido complicado, incluso en los discursos de los convencionales constituyentes. Un constituyente, por ejemplo, hablaba de la monarquía indígena. Yo encuentro que eso es complejo, cuando sabemos que los pueblos indígenas son precisamente los sectores más excluidos, desposeídos y que han sido despojados de sus territorios. Entonces esa dinámica es complicada.

Pregunta

Cuando se discutió en este ciclo de seminarios lo relativo al sistema político, uno de los puntos que se planteó como un elemento que atenta contra la gobernabilidad es la fragmentación política que tenemos hoy. Y una de las preguntas que surgió es si los escaños reservados van a contribuir a aumentar esa fragmentación. ¿Tienen algún costo para gobernabilidad? Y respecto al pluralismo jurídico. También en sesiones previas se planteó que en comparación con la experiencia comparada (por lo menos en el caso boliviano y otros que planteó Antonia), pareciera que no se dejó abierta la puerta de manera tan ancha como pareciera estar en la propuesta de nueva Constitución, aun cuando hubo esfuerzo, efectivamente, de tratar de acotarla. Sería interesante conocer experiencias sobre las cuales valdría la pena aprender y, especialmente, de aquellas que valdría mejor arrancar.

¹⁹ ¿Qué tan de acuerdo está Ud. con que se establezca un Estado mapuche independiente, es decir, como un país totalmente separado de Chile? Un 16% de la muestra mapuche y un 11% de la muestra no mapuche están de acuerdo o muy de acuerdo; un 10% de la muestra mapuche y un 11% de la no mapuche no están ni de acuerdo ni en desacuerdo; un 70% de la muestra mapuche y un 74% de la no mapuche están en desacuerdo o muy en desacuerdo; y un 4% de la muestra mapuche y un 5% de la no mapuche no saben o no contestan. *Encuesta CEP Especial* N° 87, Febrero-Julio 2022.

²⁰ El Informe de Sistematización del Proceso Constituyente Indígena de mayo de 2017 señala que hubo un total de 637 respuestas a la pregunta sobre qué principios deberían estar presentes en la nueva Constitución, las que se desagregan de la siguiente manera: 299 (46,9%) hicieron referencia al reconocimiento constitucional de los pueblos, 148 (23,2%) menciones recibió el principio de la pluriculturalidad, seguida por el principio de la plurinacionalidad con 142 (22,3%) referencias. Las restantes 48 (7,5%) se refirieron a otros principios. Ministerio de Desarrollo Social (2017) *Informe de Sistematización del Proceso Constituyente Indígena*, p. 60, disponible en http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/null/0/1/b/01b50c3f321987047f9683dcd25c7012bf38473fa0eb0e012ef868e49f8668b7/_home_aris-toteles_documentos_PC_CCO_DT_37.pdf

Antonia Rivas

Respecto a la fragmentación política, yo no la atribuiría a los escaños reservados. Creo que es un tema complejo a nivel no sólo nacional, sino mundial. Y es importante decir que acá los escaños reservados en el Congreso de Diputados y Diputadas son supernumerarios. Eso está establecido en la propuesta de Constitución, y es algo, a mi juicio, muy relevante, porque no va a entorpecer la situación como sucedió en la Convención. Es decir, los territorios no van a tener que “quitar” cupos para que los usen los escaños reservados, sino que el número de escaños que se determine por la ley se adiciona a los 155 Diputados y Diputadas. Yo creo que eso es una buena noticia en el sentido de la representatividad.

En cuanto al pluralismo jurídico, yo entiendo que es un tema complejo y desconocido, a pesar de que yo lo tomo como algo que funciona. Hay experiencias interesantes en general, como les traté de explicar, que ponen estos límites de competencias. En Estados Unidos hay tribunales Navajo que son súper interesantes. Hay una literatura fascinante sobre cómo ciertos pueblos, los Hopi, los Navajo, los Sioux, han implementado ciertos sistemas que llegan incluso a tener tribunales adversariales. Evidentemente acá hay un tema con la codificación. Yo he leído a ciertas personas de pueblos indígenas, que dicen, bueno, vamos a tener que escribir nuestro derecho, y eso será un desafío.

Yo creo que aquí también hay una alarma, una alerta que a mi juicio no va a ser tal en relación con el pluralismo jurídico. Yo creo que esto es un sistema de resolución de conflictos. Yo no creo, y acá me atrevo a afirmarlo, que el parlamento actual o el parlamento que venga, apruebe una ley que diga que todos los asuntos penales entrarían en la competencia de los sistemas o del derecho indígena. No creo que eso pase, lo veo bien complejo. Entonces yo creo que los límites van a quedar más o menos claros, y que podrían haber quedado establecidos en la Constitución, pero, como les decía, los acuerdos nunca fueron fáciles en ese momento.

Pregunta

En torno a lo de Autonomías Territoriales Indígenas, tengo una pregunta de por qué debiesen existir este tipo de autonomías y, al mismo tiempo, Territorios Especiales. Pareciera que las primeras comparan, hasta cierto punto, algunas de las razones para existir de estos territorios especiales. ¿No deberíamos privilegiar la navaja de Ockham y optar solamente por establecer territorios especiales?

Antonia Rivas

Las Autonomías Territoriales Indígenas o ATI y los Territorios Especiales cumplen fines distintos. Lo que pasa es que en el caso de Rapa Nui se juntan, es decir, podría constituirse como una ATI y, a la vez, sería un Territorio Especial. Pero los futuros Territorios Especiales no están pensados para que a la vez sean ATI. Rapa Nui es un territorio sumamente especial, en el cual confluyen diversas identidades o paisajes y, además, un pueblo indígena.

Manuel Núñez

Respecto de la diferencia entre los Territorios Especiales y las Autonomías Territoriales Indígenas, yo creo que son distintas en el sentido de que no todo territorio requiere de un estatuto especial para ser un Territorio Especial. Por lo tanto, algunos casos y que son los excepcionales, requieren de reglas especiales de gobierno y de administración, una orgánica distinta. Y eso es lo que está en el origen de la idea de Territorios Especiales. Las Autonomías Territoriales Indígenas quedarían bajo el régimen general del gobierno y administración. Estarían adscritas a un Gobierno Regional, eventualmente estarían adscritas a una provincia y a una comuna o a una agrupación de comunas. Los Territorios Especiales, en cambio, podrían tener, por ejemplo, una relación directa con el Gobierno central, como en algún momento se esperó que pudiera pasar, por ejemplo, con Rapa Nui.

Yo tengo que confesar que también cuando me enfrenté a la propuesta me hice la misma pregunta sobre qué diferencia hay entre una y la otra, y creo que esa es la razón. Y adicionalmente la que nos explicaba Antonia. En algunos casos habrá derechos que estarán sujetos a un régimen especial, también en situaciones excepcionalísimas, como el caso Rapa Nui y el Archipiélago Juan Fernández, que son por sus características propias realidades sociopolíticas y geopolíticas únicas e irrepetibles. Rapa Nui es un universo en sí mismo que no es comparable con ninguna otra realidad de otro pueblo indígena.

Pregunta

Quisiera preguntarle a Antonia lo siguiente. Así como hay un pluralismo étnico o de pueblos, también hay un pluralismo semántico. En tu exposición a lo menos te referiste, haciendo citas y referencias, a cuatro maneras de nombrar este fenómeno humano: como identidades, naciones, pueblos y etnias. El proyecto de nueva Constitución habla de pueblos y naciones. ¿Existe algún concepto que los agrupe a todos? ¿De qué depende? ¿Cómo deben concebirse para actuar eficazmente en la comunidad política general? ¿Les conviene llamarse pueblos para algo y naciones para otra cosa? Porque la propuesta no dice pueblos o naciones, sino que dice pueblos y naciones. Ese “y” está diciendo que son cosas distintas. Entonces, ¿cómo explicamos esta diversidad?

Antonia Rivas

Respecto a la pregunta sobre el tema de la nomenclatura. Ese fue un temazo también en la Convención. Estuvimos discutiendo mucho rato si eran pueblos preexistentes, pueblos indígenas o pueblos originarios. A mí me da risa que todo el mundo habla de “pueblos originarios” e incluso los propios pueblos indígenas, pero en el texto querían que dijera “pueblos indígenas”. Creo que hay dos razones para ello. La primera es que los instrumentos internacionales hablan de “pueblos indígenas”, y eso es algo relevante como para no salir de la competencia del Convenio 169 de la OIT. En segundo lugar, respecto al “y/o” naciones, es un buen punto. Había dos pueblos que se autodenominaban “naciones”: el pueblo Rapa Nui como la nación Maorí-Rapa Nui y, por otra parte, los Mapuche también se con-

sideran a sí mismos como nación. Yo no soy capaz en este minuto de explicar muy bien las diferencias entre una y otra, y por eso se optó por poner de principio a fin “pueblos y naciones” indígenas. Pero la verdad es que creo que hay una mezcla, ya que incluso el propio Convenio 169 no es capaz de definir a los pueblos indígenas. Entonces, desde ese punto, tenemos una dificultad.

Pregunta

En la materia que estamos discutiendo claramente hay una tensión entre particularismo y universalismo. La universalidad es una aspiración ilustrada de occidente que a veces choca con esta idea identitaria más particular. Y aquí tenemos una discusión en el CEP con los colegas respecto del pluralismo jurídico, sobre si existe finalmente un límite universal al particularismo identitario, sobre todo por la idea del enfoque intercultural. Porque hay algunas posiciones que perciben una recursividad infinita en esto que el límite de los derechos humanos a la interculturalidad debe ser interpretado a su vez interculturalmente. Entonces entramos en un *loop* hermenéutico. ¿Es esa la idea, finalmente? ¿O los derechos humanos interpretados no interculturalmente son el límite definitivo a estos tratados internacionales de derechos humanos más básicos, o deben ser a su vez, recursivamente interpretados de manera intercultural?

Antonia Rivas

Me gustaría decir algo respecto al particularismo identitario. Me parece súper relevante porque hay que fijarse en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Ésta habla del núcleo duro de constitucionalidad cuando se refiere a los conflictos de pluralismo jurídico. Esta Corte dice que hay ciertos derechos que entran en la categoría de derechos humanos, por ejemplo, el derecho de propiedad es un derecho humano y el derecho a la autodeterminación es un derecho humano. Entonces ¿cómo se ponderan los casos de conflicto de derechos humanos en las jurisdicciones indígenas? Ahí ellos establecen este núcleo duro, que incorpora la idea de la interpretación intercultural de los derechos, porque dice “estos derechos hay que leerlos en perspectiva de la cultural del propio pueblo”. Y de ahí surge la idea de la interpretación intercultural de los derechos humanos, que leída así sola suena un poco raro, pero cuando uno lee las sentencias de la Corte respecto del núcleo de constitucionalidad queda un poco más claro, como una manera de resolverlo.

Manuel Núñez

Con relación al pluralismo jurídico y los límites, como ya se ha comentado acá, no quedaron. Creo que hay reglas que son por definición incompatibles con el pluralismo jurídico. Me refiero al principio de legalidad. Yo no puedo decir que hay una norma consuetudinaria que se puede aplicar como sanción; no la voy a poder aplicar porque el derecho penal, el *ius puniendi*, requiere necesariamente de leyes aprobadas por el Estado. Sí creo yo, y ese es el gran desafío para evitar este *loop* al que se refería, que esa es una cuestión que tienen que decidir las cortes. Algunas más, otras menos, han tratado de

definir ciertos núcleos que son indisponibles. Por ejemplo, la apelación que por muchos años hizo la Defensoría Penal Pública en procesos en que se requería admitir los acuerdos reparatorios en procesos penales donde había violencia hacia la mujer, era una apelación supuestamente intercultural. Y hay una larga discusión antropológica porque las comunidades no están de acuerdo. Y eso pasó en Rapa Nui. Recuerdo que cuando se discutió esto, incluso en algún momento el Consejo de Ancianos fue a defenderlo y después se echaron para atrás. Hay un límite.

Ahora, los tribunales muchas veces cometen errores, como en el caso de la Corte Constitucional de Colombia. Hay dos casos famosísimos que fueron muy criticado en Colombia, donde haciendo esta lectura, a mi juicio errada, del interculturalismo, la Corte Constitucional dijo que el castigo del fuste, que es una especie de azote con una varilla de madera, y el castigo del cepo, que son estos maderos que inmovilizan extremidades de las personas, no atentan contra la dignidad de las personas. Uno podría decir, mire, aquí pareciera que hay un concepto universal de lo que es cruel y la Corte tiene que reconocerlo.

Ahora, eso no quiere decir que esto implica remover algunas visiones que nosotros hemos tenido siempre. La dignidad de la persona siempre la hemos valorado en nuestras coordenadas de la civilización judeocristiana. Bueno, uno puede hacer una lectura intercultural y se ha discutido en Chile, por ejemplo, cómo se toma el examen de ADN de un mapuche. Mire, tiene que buscar una manera que trate los fluidos corporales, no como los trata la medicina occidental, sino usted tiene que entender que también puede haber un depósito de espiritualidad. Yo creo que en eso no es incompatible esta visión intercultural. Dicho de otro modo, esa visión intercultural no necesariamente lleva a un relativismo ni moral ni legal con relación a estos derechos que pueden seguir siendo universales. Y en eso la discusión tampoco es nueva, porque cuando se escribe la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se planteó la misma pregunta, pero en otra clave. Era la clave del mundo dividido en dos ejes. Cuando Jacques Maritain se pregunta cómo lograron ponerse de acuerdo rusos, franceses, chinos, en fin, todos estaban de acuerdo, la condición estaba en que no se les preguntara por qué.²¹ Yo creo que eso es posible.

Ahora, hay efectivamente una tensión, y esa es la pregunta más difícil, entre el liberalismo y la plurinacionalidad. Hay una tensión entre la igualdad, entre la igualdad liberal y el liberalismo, con esos reconocimientos de derechos especiales, que tampoco son nuevos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el año 1966 ya reconocía en el artículo 27 los derechos de las minorías, que luego fueron sofisticando a partir de fines de los ochenta en favor de los derechos de los pueblos indígenas.²² Claro, la igualdad, la idea de la nación, esa idea romántica de nación, en alguna forma

²¹ Mensaje inaugural de la II Conferencia Internacional de la UNESCO dictada por Jacques Maritain titulada *Posibilidades de cooperación en un mundo dividido en noviembre* de 1947 en ciudad de México, disponible en http://www.jacquesmaritain.com/pdf/09_FP/07_FP_DiscUNE.pdf

²² Art. 27 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”

es hija de la emancipación, de la cultura occidental, de su propia historia. Nos emancipamos de la historia como rectora, la idea del Antiguo Régimen, de todas las tradiciones, y nos transformamos en ciudadanos que somos todos. Eso fue el gran aporte de las revoluciones, y especialmente de la Revolución Francesa y del orden moderno. Ahora volvemos a una especie de orden premoderno, que es en el orden que además vivió la mayor parte de la historia de la humanidad. Quienes más sabían de pluralismo jurídico antes de los antropólogos en el siglo XX eran los historiadores del ordenamiento jurídico medieval. Hace poco murió el más importante historiador del derecho italiano, Paolo Grossi. Tiene un libro fabuloso que se llama *El orden jurídico medieval*. Y no por accidente es una de las personas que mayor influencia ejerció durante el siglo XX en la historiografía crítica del derecho. Yo creo que hay partes donde se encuentra el liberalismo con la plurinacionalidad. ¿Dónde? En el deber de consulta, que lo explicó muy bien el antiguo relator James Anaya, quien decía que la explicación del deber de consulta no es otra que el gobierno a través del consentimiento. Anaya, él es indígena pero al mismo tiempo es un ciudadano educado con las libertades inglesas del *common law*, y le es muy natural apelar a John Locke para justificar el deber de consulta.²³ Y eso creo yo que es una manifestación de que el liberalismo se puede encontrar con la plurinacionalidad. Lo mismo la igualdad con los derechos especiales.

Ahora, mal entendida, sí puede transformarse en privilegio. Yo no digo que ahora sea un privilegio, pero yo digo que podría ser un privilegio el que, por ejemplo, bajo el argumento de que es toda una discusión de derechos humanos, liberásemos las reglas nuevas del escrutinio propio de la política. Yo estoy muy de acuerdo con Antonia cuando dice que esto es una cuestión de discusión política más que de estándares internacionales. Tengo muchos colegas que cierran o clausuran la discusión diciendo que todo es derecho consuetudinario internacional, todo son normas de *ius cogens* y, por lo tanto, el derecho internacional impondría una suerte de nueva forma de gobierno. Y eso la verdad no es así. Hay fragmentos, más herramientas, pero no hay modelos que vengan impuestos por las reglas internacionales. Yo creo que es importante que la ley el día de mañana establezca algunas limitaciones en lo que se refiere al pluralismo por las mismas razones que es legítimo y es justo reconocer la pluralidad de fuentes. Sin llamarla “sistema”, en eso la Convención, en un arranque ilustrado llamó sistema a algo que no es sistema y cosas que no pueden compararse, con pueblos o comunidades que sí tienen y otras que no tienen. Hay unas donde los hábitos o las formas de organización todavía son muy distintas de otras organizaciones. Por ejemplo, no sé si el pueblo Chango es capaz de identificar cuáles son sus costumbres que las distinguen de las organizaciones de pescadores artesanales. Yo creo que es muy difícil. Y en ese caso es difícil decir que hay tantos sistemas jurídicos como pueblos indígenas reconoce la propuesta y hoy día, antes de la propuesta, la legislación.

Entonces, por las mismas razones por la que es justo reconocer lo que hoy día hace la Ley N° 19.253 cuando dice que la costumbre hecha valer entre personas que pertenecen a una misma etnia es fuente de derecho y su única limitación es la Constitución; por las mismas razones por las cuales hoy en día

²³ Anaya, J. (2004) *Indigenous peoples in international law* (Oxford: OUP).

esa norma es justa, yo creo que sería injusto que se aplicase la justicia con criterios territoriales y no personales, porque yo puedo ser sancionado por las normas que yo conozco o porque en tanto parte de una comunidad tengo la obligación o el deber de conocer. Pero yo no entendería, y ahí creo que fallaría el presupuesto de legitimidad del reconocimiento de este pluralismo, si yo pudiese ser castigado por normas a cuyo conocimiento no estoy obligado. Se ha generado esta discusión, por ejemplo, en Ecuador. Se discutió la aplicación de normas sancionatorias en el famoso caso de las brujas de Calhuasig Chico. Dos mujeres no indígenas son sancionadas por el delito de brujería, se las lleva a la plaza en ropa interior, se las moja, se les tira agua. La pregunta era si acaso eso era una vejación y si acaso podía haber justicia extendida a personas que no compartieran esas premisas culturales. Yo creo que son malos ejemplos a seguir.

Y termino insistiendo en que el sustrato sociológico es tan distinto entre pueblos. Es tan distinto lo que sucede en Rapa Nui con lo que sucede en el Salar de Atacama, con lo que sucede al interior de la Región de Arica y Parinacota, o lo que sucede al interior del Valle del Choapa, en que es muy difícil sacar una línea o media común. El rasgo voluntario en el caso de la sumisión a la justicia indígena, creo que también es importante, pues si uno conoce los niveles de conflictividad que hay entre comunidades, las disputas que hay por el territorio, disputas que son tan ancestrales como los derechos mismos sobre el territorio. Una amiga antropóloga me decía que no había nada más ancestral que la disputa por los recursos que son escasos en el Norte de Chile. Comunidades indígenas que están peleadas a muerte y que lo menos que les interesa es la plurinacionalidad. Que venga una organización superior, por ejemplo, que a El Alto Loa venga Atacama La Grande a decirle lo que tiene que hacer. Por eso hay una parte que no le corresponde resolver al Estado, sino que les corresponde a esos propios territorios resolver.



CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión del CEP.

Director: Leonidas Montes L.

Editor: Lucas Sierra I.

Diagramación: Pedro Sepúlveda V.

[VER EDICIONES ANTERIORES](#)

