

ARTÍCULOS

La implementación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en Chile. El debate que reabrió la Convención Constitucional

The implementation in Chile of Convention 169 of the International Labour Organisation. The debate reopened by the Constitutional Convention

Claudio Nash Rojas 

Universidad de Chile

RESUMEN Este artículo sostiene que la implementación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo ha sido un desafío complejo para Chile, cuyo sistema jurídico y político sigue anclado en una visión reduccionista de los derechos de los pueblos indígenas. Por ello, los temas centrales para su plena implementación que fueron abordados por la Convención Constitucional generaron una reacción que refleja la plena vigencia de esta visión restrictiva que predomina en Chile sobre la cuestión indígena. Así, la discusión constitucional sobre la materia debe ser vista con una perspectiva más amplia que la propuesta constitucional elaborada por la Convención y enmarcarse en una tensión entre paradigmas contradictorios para regular la relación entre el Estado de Chile y los pueblos que habitan su territorio.

PALABRAS CLAVE Convenio 169, plurinacionalidad, identidad cultural, Convención Constitucional.

ABSTRACT This article argues that the implementation of International Labour Organization (ILO) Convention 169 has been a complex challenge for Chile, whose legal and political system is still anchored in a reductionist vision of the rights of indigenous peoples. For this reason, the central issues for its full implementation that were addressed by the Constitutional Convention generated a reaction that reflects the full force of this restrictive vision that predominates in Chile on the indigenous issue. Thus, the constitutional discussion on the matter must be seen with a broader perspective than the constitutional proposal elaborated by the Constitutional Convention and must be framed in a tension between contradictory paradigms to regulate the relationship between the State of Chile and the indigenous peoples that inhabit its territory.

KEYWORDS Convention 169, plurinationality, cultural identity, Constitutional Convention.

Introducción

Este trabajo busca responder una antigua pregunta que fue reabierta en el debate constitucional chileno entre 2021 y 2022, en el amplio y complejo tema de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto jurídico chileno: ¿Cuáles han sido y son los principales obstáculos para una plena implementación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo? La respuesta, al parecer, se debe buscar contrastando algunos de los temas centrales y definatorios del tratado con las discusiones que se han presentado en Chile a la hora de su implementación y en los debates constituyentes en el marco del trabajo de la Convención Constitucional.

La hipótesis de este artículo es que el Convenio 169 supone un cambio de paradigma en la forma de entender la relación del Estado con los pueblos indígenas, que no ha sido asumido por el sistema jurídico chileno y que se vio reflejado en el debate constituyente en materias centrales para la completa recepción de los estándares internacionales a nivel constitucional. Así, tenemos un sistema jurídico que aún se encuentra anclado —mayoritariamente— en una visión reduccionista, que no asume una mirada del fenómeno indígena mirado desde la perspectiva de igualdad y no discriminación que propone el derecho internacional, lo que genera una tensión frente a la implementación de estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Se debe tener presente que la principal característica del convenio es que cambia el paradigma desde el cual se analiza la temática indígena, desde una visión asimilacionista (Convenio 107 de 1957), a un paradigma basado en la valoración de la diferencia y en un enfoque de derechos construido sobre el principio de autonomía de los pueblos. De ahí que la evaluación sobre su implementación deba ser, precisamente, si dicho cambio de paradigma ha sido asumido o no a nivel nacional y si el rechazo a la normativa constitucional en la materia dice relación con una visión anclada en un modelo superado históricamente.

A continuación se proponen algunos ejemplos que están relacionados con los principales aspectos que regula el Convenio 169, la dificultad de implementación de los mismos y su vínculo con los debates planteados en la Convención Constitucional: los alcances de la discusión constitucional sobre la ejecutabilidad del convenio; el debate en torno al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile y las consecuencias que esta discusión tiene en materia de derechos colectivos; las formas de participación y, particularmente, la manera en que se ha implementado la obligación de consulta a las comunidades respecto de proyectos que impactan su vida; los alcances de la idea de propiedad colectiva de la tierra y territorio en un sis-

tema de propiedad privada individual; la autonomía y su implementación en una sociedad y un poder altamente centralizado; finalmente, algunas consideraciones sobre el debate del pluralismo jurídico.

Antecedentes sobre la recepción del Convenio 169 en Chile

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo entró en vigor en Chile en septiembre de 2009.¹ Desde su entrada en vigencia se han implementado cambios en la legislación y desarrollado políticas públicas,² y los tribunales de justicia han comenzado a aplicarlo en su jurisprudencia.³ Sin embargo, su implementación no ha sido ni sencilla ni integral, y esto tiene que ver con aspectos de fondo que debemos tener en consideración para entender el debate constituyente que se desarrolló entre 2021 y 2022.

El marco normativo que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas se encuentra configurado por la Constitución Política; por los instrumentos internacionales referidos a la temática, a saber, el también denominado Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; por la Ley 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; la Ley 20.249, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios; el Decreto 40, que establece el reglamento del sistema de evaluación ambiental; y el Decreto 66, que aprueba el reglamento que regula procedimientos de consulta indígena, en virtud del artículo 6 número 1 letra a), y número 2, del Convenio 169.

Atendido el objeto de este estudio, y por ser muy ilustrativa de las cuestiones de cultura jurídica asociadas al tema de los derechos indígenas, el análisis se centrará en la discusión sobre la autoejecutabilidad del tratado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya que es la mejor muestra de una visión reduccionista de la normativa internacional, en general, y de la normativa sobre derechos indígenas, en

1. La discusión sobre la ratificación del Convenio 169 se inició inmediatamente de retornada la democracia. Así da cuenta la historia del Decreto 236, de 2008, que promulga el tratado en Chile. Véase <https://bit.ly/3FThGG>.

2. Se pueden revisar las principales políticas implementadas desde el retorno a la democracia en <https://bit.ly/3FRWpy8>.

3. En un estudio anterior se han podido identificar numerosas resoluciones de los tribunales superiores de justicia (cortes de Apelaciones y Corte Suprema) que han incorporado el contenido del Convenio 169 en el razonamiento judicial, ya sea a través de la consideración del tratado como uno más de los elementos normativos que se debe considerar, de su utilización para interpretar la normativa nacional o para incorporar las obligaciones adicionales que impone a los Estados (Nash, Núñez y Bustamante, 2014). Para una visión crítica del proceso, véase Aninat (2014).

particular. Esta constituye la base para entender las reticencias que provocó el tratamiento del tema en la discusión sobre el proyecto de nueva Constitución y que fue un elemento central en el rechazo a la propuesta.⁴

El Tribunal Constitucional de Chile se ha referido en varias oportunidades al contenido y alcance del Convenio 169 a la luz de la Carta Fundamental. Su primer pronunciamiento fue en agosto de 2000,⁵ y a través de él declaró su constitucionalidad, precisando su contenido y alcance en el marco de la normativa constitucional chilena. Uno de los aspectos más relevantes del fallo fue que definió qué debemos entender por pueblos indígenas. En este sentido, para el tribunal, el concepto de pueblos indígenas del convenio no era incompatible con la normativa interna, al concluir que no les otorgaba potestades públicas.⁶

En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional se refirió a la autoejecutabilidad de algunas normas del tratado y concluyó que, salvo la materia de consulta, el resto tendría un carácter no autoejecutable.⁷ Dicha conclusión fue reafirmada por el mismo tribunal en 2008 y 2013.⁸ Esta visión restrictiva se profundizó una década después, cuando precisó que, pese a que el derecho a consulta era una norma autoejecutable, era necesaria su regulación para que el mismo tribunal pudiera determinar si se lo hubiere vulnerado.⁹ Esta conclusión constituye, evidentemente, una interpretación restrictiva de la autoejecutabilidad.¹⁰

Un desarrollo distinto y excepcional en esta materia es el que han hecho, en la práctica, las cortes ordinarias (cortes de Apelaciones y Corte Suprema). En efecto,

4. Un dato relevante sobre la percepción social en esta materia es que el proyecto de Constitución fue rechazado por el 62% de la población que concurrió a votar en el plebiscito de salida del proceso constituyente, el 4 de septiembre de 2022.

5. Tribunal Constitucional, sentencia del 4 de agosto de 2000, rol 309-2000.

6. Tribunal Constitucional, sentencia del 4 de agosto de 2000, considerandos 44, 45 y 46.

7. Misma sentencia anterior del 4 de agosto de 2000, considerandos 6 y 7.

8. Tribunal Constitucional, sentencia del 3 de abril de 2008, rol 1050-2008; y sentencia del 23 de enero de 2013, rol 2387-2012.

9. Tribunal Constitucional, sentencia del 23 de enero de 2013, rol 2387-2012, considerandos 19 y 23.

10. A juicio de Jiménez de Aréchaga (1988: 29), «la estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma (“self-executing”) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad»; y las normas de los tratados se entienden autoejecutables, salvo que esto no sea posible con base en el propio texto de la norma o de la naturaleza del tratado (Jiménez de Aréchaga, 1988: 30). En derecho internacional de los derechos humanos se entiende que las normas de un tratado de esta naturaleza es autoejecutable, esto es, de aplicación inmediata y directa en el ámbito interno, salvo aquellas normas internacionales que hacen explícita referencia a la necesidad de una regulación interna para dotar de contenido al derecho; por ejemplo, cuando el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que el derecho de réplica debe ser regulado por ley (Buergethal, 1992; Vázquez, 1995). Para revisar una mirada restrictiva en la materia, véase Fuentes y Pérez (2018).

desde la entrada en vigencia del Convenio 169 en Chile, estos tribunales le han ido dando una aplicación directa, separándose de la tesis restrictiva del Tribunal Constitucional (Fuenzalida, 2015; Nash y Núñez, 2020; Donoso y Núñez, 2021). Es abundante y en ningún caso aislada o excepcional la jurisprudencia que utiliza el convenio como un elemento normativo relevante en el razonamiento, particularmente, al vincularlo con la identidad cultural de los titulares de derechos.¹¹ En esta línea, el mismo ha sido utilizado para incorporar obligaciones adicionales al Estado¹² y para interpretar la normativa nacional desde una perspectiva de derechos colectivos.¹³ Pese a que la mayor parte de los conflictos judiciales se relacionan con exigencias derivadas de la omisión de realizar consultas ante la afectación directa que significan para los pueblos indígenas resoluciones administrativas que aprueban proyectos de inversión,¹⁴ el convenio también ha sido aplicado en otros ámbitos; por ejemplo, para justificar atenuantes de responsabilidad penal¹⁵ o para aplicar acuerdos reparatorios.¹⁶

Es posible observar, en definitiva, una tensión entre la visión restrictiva del Tribunal Constitucional en cuanto al alcance del Convenio 169 y una aplicación práctica, más abierta, por parte de las cortes ordinarias. Así, en materia indígena, se encuentra fuertemente arraigada una interpretación reduccionista de la normativa aplicable por la más alta corte en materia constitucional,¹⁷ la que contrasta con avances en cortes ordinarias, que han ido incorporando el nuevo paradigma propuesto por este

11. A modo de ejemplo, véase Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia del 4 de mayo de 2012, rol 501-2011, considerandos 12, 13, 14 y 15. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Arica, sentencia del 25 de noviembre de 2013, rol 182-2013, considerandos 37, 38 y 39; y Corte Suprema, sentencia del 26 de septiembre de 2013, rol 3010-2013, considerandos 8 al 11, incluido.

12. Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia del 21 de diciembre de 2011, rol 1136-2011, considerando 5. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia del 5 de julio de 2012, rol 449-2012, considerando 8; Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia del 21 de octubre de 2014, rol 203-2014, considerando 6; confirmada por la Corte Suprema, sentencia del 30 de octubre de 2014, rol 27295-2014.

13. Corte Suprema, sentencia del 25 de noviembre de 2008, rol 2840-2008; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia del 27 de julio de 2010, rol 36-2010, considerando 10.

14. Corte Suprema, sentencia del 14 de octubre de 2010, rol 4078-2010, considerandos 5, 6 y 7. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Arica, sentencia del 4 de marzo de 2011, rol 9-2011, considerando 14; Corte de Apelaciones de Arica, sentencia del 2 de noviembre de 2011, rol 359-2011, considerando 14; Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 31 de enero de 2011, rol 1794-2010, considerando 10; y Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia del 11 de octubre de 2011, rol 239-2011, considerandos 8 y 9.

15. Corte Suprema, sentencia del 11 de enero de 2012, rol 2683-2010, considerando 5; Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia del 17 de agosto de 2011, rol 711-2011, considerando 1.

16. Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia del 2 de agosto de 2012, rol 581-2012, considerandos 1, 2, 3 y 4. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia del 17 de julio de 2012, rol 499-2012, y Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia del 27 de octubre de 2011, rol 955-2011

17. En este mismo sentido, se pueden ver interpretaciones restrictivas por parte de la doctrina, véase Sierra (2011) y Aninat (2014).

tratado.¹⁸ Sin embargo, estos avances en la materia no han logrado permear en la globalidad de su implementación.

A continuación, pasamos a revisar algunas de las principales materias que se regulaban en el proyecto constitucional de 2022 y que se enmarcan en el complejo proceso de implementación del Convenio 169 a nivel nacional.

Reconocimiento constitucional de los pueblos originarios y los derechos colectivos

La propuesta constitucional de 2022 consagraba una serie de normas de reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile, comenzando con su artículo 1, que determinaba que «Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es *plurinacional, intercultural*, regional y ecológico» (énfasis del autor).

Más adelante, el artículo 5 estipulaba que:

Chile reconoce la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado. Son pueblos y naciones indígenas preexistentes los mapuche, aymara, rapanui, lickanantay, quechua, colla, diaguita, chango, kawésqar, yagán, selk'nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley. Es deber del Estado respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación, los *derechos colectivos* e individuales de los cuales son titulares y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones (énfasis del autor).

En resumen, estas normas consagraban la plurinacionalidad e interculturalidad y reconocían los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Ambos temas generaron una serie de cuestionamientos durante todo el proceso constituyente.¹⁹ En particular, se acusaba a estas normas de «dividir» el país y violar el principio de igualdad ante la ley.²⁰ Si bien el propio texto se hacía cargo de estas críticas consagrando normas

18. Matías Meza-Lopehandía, en un análisis del tema de 2016, señalaba que la adopción por parte de Chile de este instrumento, con una fuerte inspiración liberal y multicultural, implica una significativa innovación en el ordenamiento jurídico, cuestión que, a su juicio, aún no se incorpora en el razonamiento judicial (Meza-Lopehandía, 2016: 45-46).

19. Un detalle de las discusiones y votaciones se puede encontrar en <https://laneta.cl/> y en <https://www.chileconvencion.cl/>.

20. Se pueden revisar un conjunto de estudios en este sentido en el sitio web de Libertad y Desarrollo, organismo con gran influencia entre los convencionales de derecha en la Convención Constitucional. Véase <https://bit.ly/3vhXrhM>.

sobre la unidad territorial²¹ e igualdad ante la ley²², esta objeción caló profundo en la ciudadanía.²³ Sin embargo, el problema del reconocimiento de los pueblos y de los derechos colectivos tiene una larga data en Chile y da cuenta de un problema de aproximación al reconocimiento de la pluralidad más complejo.

El contexto normativo constitucional no es auspicioso. En efecto, Chile y Uruguay son los únicos países latinoamericanos que no tienen en su Constitución alguna referencia a los derechos de los pueblos indígenas.²⁴ Desde 1990 se han presentado numerosos proyectos de reforma constitucional en esta materia,²⁵ los que han evolucionado desde una discusión centrada en su protección hacia un enfoque centrado en derechos colectivos, como los de participación política. Ninguno de estos proyectos logró ser aprobado.

Por otra parte, el reconocimiento de los derechos colectivos constituye un cambio de paradigma que introduce el Convenio 169. Por ello es relevante que el diseño constitucional explicita este aspecto de los pueblos indígenas, ya que el paradigma tradicional de derechos humanos debe ser ampliado para cubrir dicha titularidad.²⁶ Esta parece ser una consecuencia evidente de implementación de un instrumento basado en la identidad cultural.

Donde sí han habido algunos avances en el reconocimiento de sus derechos ha sido en el ámbito legal. A modo de ejemplo, se puede señalar la Ley 19.253, o «Ley

21. Propuesta de Constitución Política de la República de Chile 2022, artículo 3: «Chile, en su diversidad geográfica, natural, histórica y cultural, forma un territorio único e indivisible».

22. Misma propuesta constitucional anterior de 2022, artículo 25.1. «Toda persona tiene derecho a la igualdad, que comprende la igualdad sustantiva, la igualdad ante la ley y la no discriminación. Es deber del Estado asegurar la igualdad de trato y oportunidades. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. Queda prohibida toda forma de esclavitud». Disponible en <https://bit.ly/3Gjocpu>.

23. Según la encuesta Cadem de septiembre de 2022, la plurinacionalidad fue la segunda razón más citada para votar «Rechazo» entre los electores del 4 de septiembre. Véase <https://bit.ly/3vhdldc>.

24. A modo de ejemplo, véase la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (artículos 1, 2 y 3); Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 2); Constitución de la República del Ecuador (artículos 1, 56 y ss.); y Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (preámbulo y artículos 119 y ss.). Se puede revisar un estudio completo del tema en Nash y Núñez (2017).

25. El primero de estos proyectos es de comienzos del retorno a la democracia: Boletín 513-07, ingresado a la Cámara de Diputadas y Diputados de Chile el 1 de enero de 1991. Los demás proyectos de reconocimiento son con objeto de garantizar el derecho a desarrollar y fortalecer la identidad y tradiciones, boletines 2360-0735 (1999), 2534-0736 (2000) y 4069-0737 (2006); con el fin de señalar que es deber del Estado respetar la identidad, cultura y tradiciones de los pueblos indígenas, Boletín 5324-07 (2007); sobre el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas instituciones y tradiciones, boletines 5427-0743 y 5522-0744 (ambos de 2007); y de reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas y de sus derechos colectivos, Boletín 8438-07 (2012).

26. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido estos derechos de carácter colectivo. Véase Corte IDH, sentencia del 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones) en el caso el *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, párrafo 231. Disponible en <https://bit.ly/3HXXHuo>.

Indígena», que en su artículo 1 reconoce a las principales etnias y comunidades, y establece el deber del Estado de respetar, proteger y promover su desarrollo, el de sus culturas y la protección de sus tierras, adoptando medidas para tal efecto. Esta ley dispone derechos políticos y de participación; y además crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y un Fondo de Desarrollo Indígena, entre otros aspectos. Pese a que en su momento constituyó un avance en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y en la adopción de sus demandas, es insuficiente al comparar sus contenidos con el desarrollo que han experimentado estos derechos a nivel internacional (Instituto de Estudios Indígenas, 2003: 5); pero, sobre todo, al estar construida sobre la base de derechos individuales y no colectivos. Un avance en este sentido es la Ley 20.249, o «Ley Lafkenche», que crea espacio costero marino para los pueblos originarios y cuyo objeto es resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades precolombinas vinculadas al borde costero del sur de Chile.

Es importante destacar, entonces, que no solo importa que haya un reconocimiento formal de los pueblos indígenas en la Constitución, sino que este debe tener la suficiente densidad como para abarcar lo que los caracteriza en nuestra región, cual es, la titularidad colectiva de derechos humanos (Millaleo, 2022).

Considerando las experiencias comparadas recientes (Ecuador y Bolivia), era probable que el reconocimiento constitucional considerara los principios de plurinacionalidad e interculturalidad,²⁷ para dar cuenta de la realidad chilena y también configurar un marco constitucional capaz de dar expresión a formas diferenciadas de titularidad de derechos, como son los colectivos.²⁸ Aquí es donde se presenta con claridad el conflicto entre la respuesta normativa *correcta* acorde a estándares internacionales y la base cultural en que dicha respuesta debía insertarse.

Esta misma mirada reduccionista de los derechos indígenas ha sido un problema permanente para la plena implementación del Convenio 169 en un contexto restrictivo propio del sistema jurídico chileno, donde no se reconoce constitucionalmente ni la existencia ni las particularidades culturales de estos pueblos, pese a ser estos cerca del 11% de la población del país (Cepal, 2014: 43). Por ello, no es de extrañar que haya sido extraordinariamente difícil dar pleno contenido a un instrumento internacional que se basa, precisamente, en el reconocimiento de esta titularidad colectiva de los

27. En el estudio sobre reforma constitucional en Chile, hemos propuesto la siguiente fórmula constitucional: «Chile es un Estado social y democrático, unitario, intercultural y plurinacional» (Nash y Nuñez, 2015; énfasis en el original).

28. Tal como sostiene Claudio Alvarado Lincopi, lo que está en juego con la plurinacionalidad es una redistribución de poder. «Entonces, cuando se dice plurinacionalidad, se intenta situar la asimetría en la relación entre los pueblos y buscar rutas para redistribuir la capacidad de gobernanza sobre los territorios y las estructuras institucionales, tanto las propias de los pueblos indígenas como las del Estado» (Alvarado, 2022: 44).

derechos de un porcentaje relevante de la población chilena. Consecuencialmente, era evidente que un reconocimiento amplio de plurinacionalidad y derechos colectivos generaría resistencias tal como se dio en el marco del proceso constituyente de 2022.²⁹

La participación, en particular, mediante mecanismos de consulta

La propuesta constitucional de 2022 consagraba el derecho a la participación de los pueblos indígenas a través de la consulta. En su artículo 66, en particular, establecía que:

Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen. El Estado garantiza los medios para la efectiva participación de estos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe.

De la misma forma, el artículo 6 del Convenio 169 consagra el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se promuevan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.³⁰

En la práctica, la participación formal de los pueblos originarios en Chile ha sido prácticamente inexistente. Basta mirar la actual composición del Congreso Nacional y de los ministros y ministras de la Presidencia: escasa presencia indígena en los más altos cargos políticos; y este no es un momento particular, ya que así ha sido en la historia del país.³¹ En consecuencia, no debe llamar la atención que la discusión acerca de medidas de acción afirmativa que buscan garantizar la presencia de representantes de pueblos indígenas en los órganos legislativos haya estado presente en el debate constitucional chileno, aunque sin resultados concretos (Nash y Núñez, 2015: 27-42). Asimismo, en el proceso de negociación de las bases de la Convención Constitucio-

29. Incluso al interior del pueblo mapuche esta es una cuestión que no genera un completo respaldo, tal como da cuenta la encuesta del Centro de Estudios Públicos publicada en agosto de 2022, donde solo un 12% de los encuestados señala que Chile debe reconocer la plurinacionalidad (CEP, 2022: 23).

30. En un reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se recomienda «implementar la consulta y el consentimiento previo, libre e informado sobre medidas legislativas y administrativas o proyectos de desarrollo o explotación de recursos naturales susceptibles de afectar los derechos de estos pueblos desde un enfoque del derecho a su libre determinación» (CIDH, 2021: 168).

31. El representante indígena que más ha destacado ha sido Francisco Huenchumilla, quien fue diputado y ministro de Estado, y actualmente es senador. De ahí que la figura de Elisa Loncon lograra una enorme trascendencia nacional e internacional como primera presidenta de la Convención Constitucional.

nal, uno de los temas más complejos fue el reconocimiento de escaños reservados para representantes de estas etnias, que significó exteriorizar una serie de prejuicios e incluso racismo en la discusión parlamentaria.³²

En estas circunstancias, la forma de participación más relevante, en los hechos, ha pasado a ser la de la consulta indígena, y el contexto en que se ha desarrollado es en el de proyectos de alto impacto, vinculados con minería, pesca e industria forestal (Aylwin, Meza-Lopehandía y Yáñez, 2013: 95-299; Fuenzalida, 2015; Millaman, 2019; Donoso y Núñez, 2021).

En la práctica, la garantía para la aplicación del Convenio 169 ha sido por la vía jurisdiccional. Sobre el sistema aplicable, la jurisprudencia ha sido vacilante. Por cierto, la tendencia inicial fue estimar que —dado el carácter flexible de la consulta— era suficiente con las normas de participación ciudadana que contemplaba la normativa ambiental para considerar que se había cumplido con el trámite de consulta previa.³³ Afortunadamente, esta tendencia jurisprudencial se revirtió en los casos que conciernen a la comunidad mapuche huilliche Pepiukelen,³⁴ al consejo de pueblos atacameños³⁵ y a la comunidad indígena Antu Laftquen de Huentetique,³⁶ y la Corte Suprema comenzó a desarrollar una línea dirigida a reconocer las particularidades de la consulta previa y a caracterizarla de acuerdo con ciertos estándares mínimos que se deben cumplir para su realización (Donoso y Núñez, 2021: 100-120).³⁷ Este reconocimiento de la participación de pueblos indígenas vía consulta y la importancia de esta para el diseño de proyectos y políticas públicas van en la línea que ha destacado

32. La discusión de la Ley 21.298 del 23 de diciembre de 2020, que modifica la Carta Fundamental para reservar escaños a representantes de los pueblos indígenas en la Convención Constitucional, y para resguardar y promover la participación de las personas con discapacidad en la elección de convencionales constituyentes, puede ser revisada en <https://bit.ly/3PRzv7>. Sobre las expresiones racistas y discriminatorias, en particular, se dio una amplia discusión en diversos medios. Un buen análisis de esto se puede encontrar en <https://bit.ly/3Z18MAL>.

33. Corte Suprema, sentencia del 14 de octubre de 2010, rol 4078-2010, considerandos 5, 6 y 7. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Arica, sentencia del 4 de marzo de 2011, rol 9-2011, considerando 14; Corte de Apelaciones de Arica, sentencia del 2 de noviembre de 2011, rol 359-2011, considerando 14; Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 31 de enero de 2011, rol 1794-2010, considerando 10; y Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia del 11 de octubre de 2011, rol 239-2011, considerandos 8 y 9.

34. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia del 27 de julio de 2010, rol 36-2010.

35. Corte Suprema, sentencia del 13 de julio de 2011, rol 258-2011.

36. Corte Suprema, sentencia del 22 de marzo de 2012, rol 10090-2011.

37. Un caso que tuvo amplia repercusión pública en 2022 fue una acción de protección en contra del proceso de licitación nacional e internacional para la exploración y explotación de yacimientos de litio, debido a que no se había definido el área de concesión y, por tanto, fue imposible realizar la correspondiente consulta a las comunidades indígenas afectadas. Véase Corte Suprema, sentencia del 1 de junio de 2022, rol 99-2022.

la jurisprudencia interamericana para la efectiva protección y goce de los derechos cuando los titulares son pueblos originarios.³⁸

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 20.600, el 28 de junio de 2012, a través de la cual se crean los tribunales ambientales, la Corte Suprema indicó que la competencia para conocer de las ilegalidades de las resoluciones de calificación ambiental estaría radicada en aquellos, sin perjuicio de que por la acción de protección se pueda conocer de situaciones que requieran una cautela inmediata.³⁹ Desplazar dicha protección a la sede administrativa es una nueva visión restrictiva del convenio y sus alcances de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas (Contreras, 2018; Millaman, 2019).

Así las cosas, es muy significativo que reconocer constitucionalmente el derecho a la consulta no fuera un tema especialmente controvertido en el proceso constituyente, pero sí lo fuera aquello relativo a los alcances de la consulta y si esta implicaba consentimiento.⁴⁰ A modo de ejemplo de esta tensión, en la última etapa del proceso constituyente se abrió un debate artificial, que fue ampliamente difundido, sobre si la reforma constitucional en la propuesta requería de consulta indígena (pese a que las normas sobre reforma no contemplaban dicha consulta), ya que había una referencia al «consentimiento» en materia de autonomía territorial indígena.⁴¹ Esto da cuenta de los temores —reales y ficticios— que se abren a partir de la participación indígena en una sociedad plural y excluyente.

Derecho de propiedad y territorios en una economía basada en la explotación de recursos naturales situados en territorio indígena

La propuesta constitucional de 2022 en materia de derecho a la propiedad indígena planteó una norma con amplio alcance, donde no solo se reconocía esta particular forma de propiedad, sino que garantizaba el derecho a la reivindicación de territorios tradicionales y contemplaba el derecho a la reparación. En su artículo 79 estipulaba que:

38. Para una completa sistematización de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia, véase Corte IDH (2021).

39. Corte Suprema, sentencia del 22 de mayo de 2014, rol 16817-2014. En el mismo sentido, Corte Suprema, sentencia del 7 de octubre de 2014, rol 11299-2014, en la cual se acogió la acción por considerar que las ilegalidades alegadas requerían de tutela inmediata; y Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia del 28 de julio de 2014, rol 290-2014, en cuyo caso la corte cuestionó la idoneidad de la sede de protección para reclamar la ilegalidad de la resolución de calificación ambiental.

40. Véase <https://bit.ly/3WMGzvv>.

41. Propuesta de Constitución Política de la República de Chile 2022, artículo 191.2: «Participación en las entidades territoriales en el Estado regional [...] 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». Disponible en <https://bit.ly/3Gjocpu>.

El Estado reconoce y garantiza, conforme con la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos. La propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección. El Estado establecerá instrumentos jurídicos eficaces para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución. La restitución constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública e interés general. Conforme con la Constitución y la ley, los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva.

Es evidente que este diseño contrasta con la Constitución vigente, que no contempla un tratamiento particular del derecho de propiedad respecto de pueblos indígenas. Por cierto, el acercamiento constitucional a la propiedad ha sido tradicionalmente el de un derecho individual, pero con una fuerte construcción de propiedad estatal sobre los recursos naturales, particularmente, los mineros, como se consagra en el artículo 19 número 24, de la Carta Fundamental.

Empero, resolver estas materias (tierras y territorios) sí es fundamental para los pueblos.⁴² Ciertamente, la propiedad sobre el territorio y los recursos naturales adquiere particularidades en relación con estos, porque además de su relación especial con el territorio de acuerdo con su cosmovisión, han demandado un reconocimiento de su calidad de derecho colectivo, es decir, que la titularidad es de los indígenas en cuanto pueblos y no individuos.⁴³

De igual forma, el de la propiedad es uno de los temas centrales o pilares sobre los cuales se construye el Convenio 169. En efecto, en su artículo 13 se hace una distinción entre «tierras» y «territorio», entendiendo este último como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera. Esto permite ampliar la concepción tradicional de derecho de propiedad, dando respuesta a la necesidad de protección de este derecho bajo la cosmovisión indígena, caracterizándolo como colectivo.

Se debe resaltar la importancia que da el convenio a la protección de los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, derechos que

42. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado a los Estados «asegurar un marco normativo, político e institucional que garantice a los pueblos indígenas y tribales la resolución de sus reclamaciones relacionadas con el acceso a y reconocimiento de sus derechos territoriales» (CIDH, 2021: 167). Por su parte, la misma encuesta del Centro de Estudios Públicos a la que hemos hecho referencia más arriba pone este tema en el primer lugar de las preocupaciones de los encuestados de origen mapuche dentro de las medidas de reparación del Estado para con este pueblo (CEP, 2022: 21).

43. Así lo estipulan el artículo 26 de la Declaración de la ONU 2007 y el artículo XXV de la Declaración de la OEA de 2016. En el mismo sentido, Corte IDH, sentencia del 31 de agosto de 2001 (fondo, reparaciones y costas), en caso de *la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Serie C, número 79, párrafo 149. Disponible en <https://bit.ly/3PVbUtO>.

según su artículo 15 comprenden la utilización, administración y conservación de los mismos.

En este sentido, la Corte Interamericana, sobre una base normativa similar a la chilena en materia de derecho de propiedad,⁴⁴ ha señalado que es necesaria una interpretación amplia que sea respetuosa de la particular relación de cada etnia con su territorio, ya que «desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas».⁴⁵

En Chile, a nivel infraconstitucional, la legislación indígena de 1993 sí contempla que «la propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley» (Ley 19.253, artículo 12 número 4). Sin embargo, la legislación nacional no recoge la idea de «territorio»; de hecho, cuando hace referencia a dicho término es para referirse básicamente al «territorio nacional»; lo mismo sucede con «recursos naturales», concepto que está ausente del texto, salvo al momento de referirse a las «áreas de desarrollo indígena» (Ley 19.253, artículo 26).

Esta regulación restrictiva —constitucional y legal— del derecho de propiedad de los pueblos ancestrales ha sido construida a través de una historia de violencia y despojo.⁴⁶ En efecto, la propiedad estatal y privada sobre dichos territorios, principalmente al sur de Chile, pero también en el norte y en Rapa Nui, es producto del uso de la fuerza, a través de la cual el Estado de Chile invadió dichos territorios a fines del siglo XIX y desarrolló políticas de despojamiento y asimilación, cuando no derechamente genocidio.⁴⁷

Frente a esta historia de explotación y abusos por parte del Estado respecto de los pueblos indígenas, los gobiernos democráticos asumieron la existencia de una

44. El artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que: «1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social; 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley; 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley».

45. Véase la sentencia mencionada más arriba de la Corte IDH sobre el caso el *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (párrafo 145).

46. En Chile hay una verdad «oficial» sobre este despojo sistemático en el informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas (2008); más un completo desarrollo, en Aylwin, Meza-Lopehandía y Yáñez (2013: 41-158); y Correa (2021).

47. El caso más dramático es el de las comunidades de la Patagonia chilena, que fueron exterminadas sistemáticamente desde fines del siglo XIX y principios del XX, como también se menciona en el informe de la Comisión (2008), y en Alonso (2014).

«deuda histórica» (Comisión, 2008: 533). Esto se ha traducido, fundamentalmente, en un proceso de compra de tierras para ser entregadas a las comunidades que fueron despojadas de sus territorios y en apoyos económicos para desarrollar producción de subsistencia (Anaya, 2009, párrafos 24 y ss.). Lamentablemente, esta ha sido —una vez más— una política restrictiva, ya que no ha buscado garantizar adecuadamente el derecho al territorio, sino que se ha limitado a la compra de tierras. Este enfoque impide desarrollar plenamente el derecho al territorio conforme a los estándares del Convenio 169 y de las declaraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas (2007) y de la Organización de Estados Americanos (2016).

Frente a esta política de despojo prevaleciente durante décadas, no es de extrañar que el debate se haya desarrollado en torno al derecho de reivindicación de los territorios.⁴⁸ En Chile, el tema territorial se ha limitado a la discusión sobre demandas de comunidades indígenas respecto de los predios utilizados en las décadas anteriores al despojo desarrollado por la dictadura hasta 1989 y, en algunos casos, se ha ampliado la reivindicación a los territorios reconocidos por el Estado de Chile en el proceso de construcción de reducciones, luego de la invasión de fines del siglo XIX, a través de los títulos de merced.⁴⁹ No obstante, en el marco del Convenio 169, además del derecho de reivindicación, es importante que el Estado garantice adecuadamente los alcances del derecho al territorio de los pueblos. Asumir plenamente el derecho de propiedad sobre los territorios, conforme las obligaciones internacionales del Estado de Chile, implicaría —de acuerdo con lo ha establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que el Estado está obligado no solo respecto del derecho formal de propiedad de un pueblo indígena, sino también a garantizar el goce respecto de los «recursos naturales que ha usado tradicionalmente dentro de sus territorios».⁵⁰

48. Las reivindicaciones territoriales indígenas están plenamente cubiertas por los alcances del Convenio 169 (artículo 14), las declaraciones de la ONU (2007) y de la OEA (2016) sobre los derechos de los pueblos indígenas, y por la interpretación del derecho de propiedad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 21) realizada por la Corte IDH, en la sentencia del 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas) del caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párrafo 109. Disponible en <https://bit.ly/3PUmAsp>.

49. «Luego de la ocupación de La Araucanía a fines del siglo pasado, el Estado chileno otorgó a los mapuche alrededor de tres mil títulos de merced, mediante los cuales les fueron reconocidas en forma comunitaria tan solo 500 mil hectáreas, que representan aproximadamente el 5% del territorio ancestral mapuche al sur del Biobío» (Aylwin, 2000: 280). Para un amplio análisis en perspectiva histórica, véase Aylwin, Meza-Lopehandía y Yáñez (2013: 99-105), y Correa (2021).

50. Corte IDH, sentencia del 28 de noviembre de 2007 (fondo, reparaciones y costas) en el caso *el Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares, párrafo 121. En el mismo sentido, véase la sentencia del caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, párrafo 146, mencionado anteriormente; y Corte IDH, sentencia del 8 de octubre de 2015 (fondo, reparaciones y costas) en el caso *Comunidad*

Parece evidente que en materia de propiedad sobre territorios indígenas existe una clara tensión entre los alcances que se desprenden del Convenio 169 y el derecho de propiedad indígena, y los que recogen la legislación nacional. De ahí que tampoco sea de extrañar que una norma como la propuesta por la Convención Constitucional provocara una dura reacción sobre sus alcances, acorde con la mirada tradicional sobre el tema en el país.

La autonomía y dificultades de implementación en un sistema centralizado

Una de las principales propuestas del texto constitucional elaborado por la Convención Constitucional era el de la descentralización. Para ello, el capítulo VI desarrollaba las bases de un «Estado regional», que contemplaba una serie de instancias de poder territorial autónomas. Una de estas eran las «autonomías territoriales indígenas» que estipulaban los artículos 234 y 235:

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. 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 (artículo 234).

La ley deberá establecer las competencias exclusivas de las autonomías territoriales indígenas y las compartidas con las demás entidades territoriales. Las autonomías territoriales indígenas deberán tener las competencias y el financiamiento necesarios para el adecuado ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos y naciones indígenas (artículo 235).

Sin duda esta propuesta contrasta, nuevamente, con una de las características del modelo institucional diseñado en la Constitución chilena, esto es, el de un Estado unitario y fuertemente centralizado en la capital (Comisión, 2015). Esta centralización exacerbada tiene impacto directo en las posibilidades de implementación del Convenio 169, particularmente, en materia de autonomía.

Es sabido que en derecho internacional, la utilización del concepto «pueblos» tiene consecuencias jurídicas relevantes, ya que trae aparejado el derecho a la autodeterminación de los mismos (Anaya, 2010). En este sentido, gran parte de la discusión jurídica en torno a los derechos de los pueblos indígenas en la última década se ha

Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, excepciones preliminares, Serie C, número 304, párrafo 167. Disponible en <https://bit.ly/3FW2B7Z>.

enfocado al reconocimiento de sus derechos en tanto «pueblos» y a definir los alcances que trae consigo dicho reconocimiento.⁵¹

Este derecho, con diversas denominaciones y gradualidades (libre determinación, autodeterminación, autogobierno, autonomía), condensa el contenido de reivindicaciones que en las últimas décadas vienen formulando, de manera específica, los pueblos indígenas en múltiples foros (Aparicio, 2008: 399-409), y comporta la posibilidad de los pueblos de determinar su organización política, sus instituciones jurídicas, sus relaciones con otras organizaciones sociales y políticas, y sus condiciones de desarrollo (CIDH, 2021).

Una de las dificultades que ha enfrentado la inserción de este concepto en los textos constitucionales de la región (Diez-Polanco, 2004: 151) es el entendimiento de que su incorporación importaría la creación de un «nuevo Estado» dentro de un Estado o que se separa de este.⁵² En este sentido, también es clara la Declaración de la ONU de 2007, que indica 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» (artículo 46.1). De igual forma, la Declaración Americana de la OEA de 2016 dispone que «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».

51. El artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que «todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural». En el mismo sentido, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, en el artículo 3, reconoce que «los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural». El artículo 4, a su vez, establece una manifestación de este derecho, cuando precisa que «los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas». Finalmente, el artículo 5, que precisa 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 plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado». Por su parte, la Declaración de la OEA de 2016 consagra en su artículo III que «los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural».

52. James Anaya, ex relator sobre derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, ha indicado que «este concepto apunta a ideas de igualdad y libertad y que permiten a las personas elegir las configuraciones políticas, sociales y económicas en que viven» (Anaya, 2010: 198).

Pese a las tensiones que generaba la incorporación de estos conceptos en las constituciones de América Latina, en la denominada «oleada del constitucionalismo plurinacional» de 2006 a 2009 (Yrigoyen, 2011; Aguilar, 2021), se incluyeron conceptos como los de autodeterminación o autonomía (Meza-Lopehandía, 2010). Esa oleada se acercó a las costas chilenas en la propuesta constitucional de 2022, pero dicha *amenaza* también atizó los fuegos contrarios al texto constitucional.

En definitiva, da la impresión de que la idea de autonomía, en cualquier acepción sería de dicho principio,⁵³ supone generar formas concretas de poder descentralizado: financiera, política, organizacionalmente,⁵⁴ y para que esto sea efectivo, es necesario que el Estado esté en condiciones y en disposición de ceder parte de su poder; cuestión nada de fácil, tal como se desprende de la experiencia de implementación del Convenio 169 desde 2009 y del resultado electoral del 4 de septiembre de 2022, que significó el rechazo a la propuesta de nueva Constitución presentada por la Convención Constitucional.

Otra materia relevante a la hora de evaluar los alcances de la implementación del convenio en un contexto de fuerte centralización es un dato de la realidad: una alta presencia indígena en centros urbanos,⁵⁵ por lo que la pregunta sobre la autonomía se hace aún más compleja (Gissi, 2004). Si bien es posible imaginar formas de autonomía territorial —limitadas, por cierto— en espacios territoriales con fuerte presencia indígena, esto se hace muy difícil en espacios urbanos donde hay dispersión de las comunidades y donde son claramente minoritarias, pero donde el elemento cultural sigue siendo un unificador relevante (Collipal, 2014: 139). Este fue un tema ausente en la propuesta constitucional de 2022.

Aquí está uno de los desafíos de la implementación del convenio a futuro: imaginar formas de autonomía que puedan convivir culturalmente con una política fuertemente centralizada y un poder igualmente concentrado.

53. Tal como ha señalado Stavenhagen (2009), el «derecho de libre determinación debe ser interpretado como un derecho interno, es decir, en el marco de un Estado independiente establecido, especialmente cuando este Estado es democrático y respeta los derechos humanos de sus ciudadanos. La libre determinación como un derecho externo aplicaría en el caso de la secesión o separación territorial de un estado existen. Y se ha dicho bastantes veces que esto no es lo que los pueblos indígenas demandan cuando exigen el derecho de libre determinación, aunque la libre determinación externa no puede ser excluida como una posibilidad lógica» (página 30).

54. «La autonomía se produce en la elección directa de autoridades, la administración de recursos económicos, el ejercicio de facultades legislativas, reglamentarias, fiscalizadores y ejecutivas, por los órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción» (Cepal, 2014: 20).

55. Según cifras del Censo 2002, la población indígena en zonas urbanas correspondía a un 86% y solo algo más del 13% vivía en zonas rurales (Collipal, 2014: 138).

El pluralismo jurídico, discusión que recién comienza

Dentro de la propuesta de nueva Constitución de 2022, relativa a la administración de justicia se contemplaba una norma que reconocía con rango constitucional el principio del pluralismo jurídico. Si bien no se desarrollaron sus alcances en el texto, la sola mención al principio generó una serie de reacciones negativas, centradas en la idea de que este lo que hacía era afectar la igualdad ante la ley. La norma propuesta señalaba que:

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. 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 (artículo 309).

El tema del pluralismo jurídico es otro aspecto que se encuentra presente en el Convenio 169 (artículos 9 y 10) y en las constituciones de la región, a través del reconocimiento del derecho consuetudinario indígena y la justicia propia (Laguna y otros, 2020; Regalado y otros, 2020). Dicho reconocimiento siempre se debe dar en el marco del respeto de los límites propios del derecho nacional, como son los derechos humanos.⁵⁶ En este sentido, la propuesta constitucional dejaba entregado a la legislación definir los alcances materiales y personales de la implementación del pluralismo jurídico, y contemplaba la unidad del sistema, al establecer que sería la Corte Suprema el órgano encargado de tener la «última palabra» en las materias propias de la jurisdicción indígena.⁵⁷

En Chile, el sistema jurídico siempre ha estado altamente centralizado y no ha permitido la convivencia con otros sistemas normativos. Así, el Tribunal Constitucional señaló en 2000, refiriéndose a la materia (artículo 9 del Convenio 169), que esta norma era «inoportable e incompatible con nuestro sistema procesal penal con-

56. El propio texto de la Convención lo hacía explícito, como se puede leer del artículo 309.1: «Estos [sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas] deberán respetar los derechos fundamentales que establecen esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte».

57. El artículo 329 de la propuesta constitucional señalaba que «la Corte Suprema conocerá y resolverá las impugnaciones deducidas en contra de las decisiones de la jurisdicción indígena; lo hará en sala especializada y asistida por una consejería técnica integrada por expertos en su cultura y derecho propio, en la forma que establezca la ley».

templado para la sanción de los ilícitos que tipifica».⁵⁸ El contraste de esta visión con los alcances de la propuesta constitucional elaborada por la Convención Constitucional es evidente.

En síntesis, la discusión sobre pluralismo y la apertura a sistemas jurídicos diferenciados como lo establece el convenio no se ven muy promisorias, tal como quedó demostrado en la discusión constitucional. En este sentido, la campaña en contra del texto propuesto por la Convención en 2022 tuvo como uno de sus ejes el hecho de que se establecían *privilegios* para los pueblos indígenas, confundiendo así legítimas medidas para alcanzar una igualdad sustantiva en materia de justicia con privilegios ilegítimos.⁵⁹

Probablemente es en materia del pluralismo jurídico donde se hace más evidente la visión restrictiva de los alcances del Convenio 169 en su implementación práctica, y la inviabilidad de avanzar en el sentido propuesto por la Convención. No solo no hay normas que permitan su efectividad en esta materia, sino que el punto de partida (la existencia de sistemas jurídicos diferenciados) no es socialmente aceptado.⁶⁰

Conclusiones

Al comenzar este artículo se sostuvo como hipótesis que el cambio de paradigma que propone el Convenio 169 sobre la forma de entender la relación del Estado con los pueblos indígenas no ha sido asumido por el sistema jurídico chileno, el que sigue anclado —mayoritariamente— en una visión reduccionista, que no asume una mirada del fenómeno indígena mirado desde la perspectiva de igualdad y no discriminación que propone el derecho internacional. Dicha visión restrictiva en materia de derechos indígenas contrastaba con una propuesta constitucional fuertemente anclada en la normativa internacional y las experiencias más avanzadas en la materia. A partir de los ejemplos dados, parece evidente que hay elementos sólidos para sustentar dicha hipótesis.

58. Tribunal Constitucional, sentencia del 4 de agosto de 2000, rol 309-2000, considerando 52, párrafo segundo.

59. Sobre el mal uso de la autonomía indígena, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «se deben evitar interpretaciones de este derecho que distorsionan la naturaleza de las aspiraciones de estos pueblos respecto a este derecho, particularmente aquellas que representan la libre determinación como una amenaza a la integridad territorial de los Estados» (CIDH, 2021: 163).

60. Esto contrasta con la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de «generar espacios de coordinación entre los sistemas de justicia estatal y los sistemas de justicia indígena y tribal para incorporar una perspectiva de género e intercultural, a fin de aumentar la protección judicial de las mujeres indígenas y tribales cuando sufran violaciones de derechos humanos. Estos espacios deben promover la participación de las mujeres indígenas y tribales en los sistemas de administración de justicia y en el enfoque de reparaciones» (CIDH, 2021: 169-170).

Tanto desde el punto de vista normativo constitucional, legal, como reglamentario, no se ha asumido en plenitud el cambio de paradigma que propone el Convenio 169 respecto de los pueblos indígenas, desde una lógica asimilacionista hacia un reconocimiento de derechos humanos, tanto individuales como colectivos, conectados con la particular identidad cultural de estos pueblos.

Por ello, los avances del texto constitucional propuesto por la Convención Constitucional que buscaban desarrollar no solo una nueva forma de reconocimiento (plurinacionalidad), sino que desarrollaba una serie de consecuencias de dicho reconocimiento (derechos colectivos, autonomía, consulta, pluralismo jurídico), fueron incompatibles con una visión restrictiva de los derechos de pueblos indígenas como la que prima en Chile.

Con estos antecedentes, es evidente que los problemas de implementación del Convenio 169 son un tema de cultura jurídica anclada en paradigmas restrictivos en materia de derechos de pueblos indígenas en línea con los fundamentos de las críticas al texto constitucional de 2022, pero que van aún más allá de la propuesta plebiscitada.

De esta forma se puede explicar la razón por la cual estos temas abordados por la Convención fueran objeto de tan duras críticas. El problema parece no estar solo en la propuesta, sino en la profundidad del cambio cultural que implicaba para la relación entre el Estado de Chile y los pueblos indígenas un texto constitucional con base en el Convenio 169 y en los desarrollos más actuales en la materia.

En definitiva, tener un diseño institucional acorde a los estándares del Convenio 169 sigue siendo una materia pendiente en Chile.

Referencias

- AGUILAR PINEDA, Juan Esteban (2021). *Pueblos indígenas, pluriethnicidad y plurinacionalidad: Análisis de modelos paradigmáticos y su relevancia en el Ius Constitutio-nale Commune*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ALONSO, José Luis (2014). *Menéndez, rey de la Patagonia*. Santiago: Catalonia.
- ALVARADO, Claudio (2022). «Plurinacionalidad. El potencial político de los pueblos». *Palabra Pública*, 25: 43-44. Santiago: Vicerrectoría de Extensión y Comunicaciones, Universidad de Chile.
- ANAYA, James (2009). «Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior». Asamblea General de Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, decimosegundo período de sesiones (A/HRC/12/34). Disponible en <https://bit.ly/3HYnHFt>.
- . (2010). «El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación». En Rodol-

- fo Stavenhagen y Claire Charters (editores), *El desafío de la declaración: Historia y futuro de la declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas* (pp. 194-209). Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas.
- ANINAT, Isabel (2014). «Los desafíos pendientes del Convenio 169». *Puntos de Referencia* (369). Santiago: Centro de Estudios Públicos. Disponible en <https://bit.ly/3IcylZp>.
- APARICIO, Marco (2008). «El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación». En Mikel Berraondo (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (pp. 399-422). Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto.
- AYLWIN, José (2000). «Los conflictos en el territorio mapuche: Antecedentes y perspectivas». *Revista Perspectivas*, 13 (2): 277-300.
- AYLWIN, José, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom.
- BUERGENTHAL, Thomas (1992). «Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law». *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volumen 235. Boston: Brill.
- CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS, CEP (2022). Estudio nacional de opinión pública, encuesta especial CEP 87 (febrero-julio, 2022). Disponible en <https://bit.ly/3QoNAq5>.
- COLLIPAL, María Francisca (2014). «Indígenas rurales y urbanos: realidades y desafíos». En Braulio Cariman Linares (editor), *¿Chile indígena? Desafíos y oportunidades para un nuevo trato*. Santiago: El Desconcierto.
- COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL EN DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL (2015). *Propuesta de política de Estado y agenda para la descentralización y el desarrollo territorial de Chile. Hacia un país desarrollado y justo*. Disponible en <https://bit.ly/3BQ5hmp>.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, CEPAL (2014). *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos* (LC/L.3893). Santiago: Cepal. Disponible en <https://bit.ly/3BRCnT8>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH (2021). *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales*. OEA/Serie L/V/II. Documento 413, del 28 diciembre 2021. Disponible en <https://bit.ly/3hJT3VN>.
- COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2008). *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*. Disponible en <https://bit.ly/3FU6c6P>.
- CONTRERAS, María Fernanda (2018). *La desnaturalización de la obligación internacional de consulta indígena como derecho humano: La reticencia de los tribunales superiores de justicia de conocer por medio del recurso de protección y la dicotomía*

- de competencia en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 20.600 que crea los tribunales ambientales*. Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídica y Sociales. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- CORREA, Martín (2021). *La historia del despojo. El origen de la propiedad particular en el territorio mapuche*. Santiago: Ceibo.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CORTE IDH (2021). *Cuadernillo de jurisprudencia 11. Pueblos Indígenas*. Disponible en <https://bit.ly/3GhU7cM>.
- DIEZ-POLANCO, Héctor (2004). *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios*, 4.ª edición. Ciudad de México: Siglo XXI.
- FUENTES, Ximena y Diego Pérez (2018). «El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 25 (2): 119-156.
- FUENZALIDA, Sergio (2015). «Desarrollo de la jurisprudencia en Chile sobre la consulta indígena: Los casos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema». *Revue Quebecoise de Droit International*: 149-177. Disponible en <https://bit.ly/3GiYxQT>.
- GISSI, Nicolás (2004). «Segregación espacial mapuche en la ciudad de Santiago: ¿Negación o revitalización identitaria?». *Revista de Urbanismo*, 9: 141-153.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS (2003). *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Informe del programa de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera*. Santiago: Lom.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1988). «La Convención Americana sobre Derechos Humanos como derecho interno». *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 7: 25-41.
- LAGUNA, Harold, Carl Méndez, Jairo Puetate y Milena Álvarez (2020). «Origen y evolución del pluralismo jurídico en América Latina, como una visión crítica desde la perspectiva del derecho comparado». *Revista Universidad y Sociedad*, 12 (5): 381-388.
- MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2010). *Reconocimiento constitucional y derechos fundamentales de los pueblos indígenas, con especial referencia al derecho a la consulta*. Santiago: Observatorio Parlamentario. Disponible en <https://bit.ly/3GhFne9>.
- . (2016). «La jurisprudencia del multiculturalismo en Chile: La consulta previa indígena ante tribunales». *Revista de Ciencias Sociales*, 69: 13-52.
- MILLALEO, Salvador (2022). *Por una vía «chilena» a la plurinacionalidad. Intervenciones de una década (2010-2020)*. Santiago: Catalonia.
- MILLAMAN, Sergio (2019). *Consulta indígena, pueblo mapuche, territorios y evaluación medioambiental*. Documento de trabajo ICSO, 52. Serie Laboratorio Constitucional, Universidad Diego Portales. Disponible en <https://bit.ly/3vddzkO>.
- NASH, Claudio, Constanza Núñez y Mirna Bustamante (2014). *Derechos humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en <https://bit.ly/3VmJWgk>.

- NASH, Claudio y Constanza Núñez (2015). *Reforma constitucional y pueblos indígenas en Chile: Apuntes para el debate*. Fundación Diálogo Jurisprudencial. Disponible en <https://bit.ly/3YIN8RD>.
- ONU, Organización de las Naciones Unidas (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Resolución aprobada por la Asamblea General (A/61/L.67 y Add.1). Disponible en <https://bit.ly/3WqwOTK>.
- OEA, Organización de los Estados Americanos (2016). *Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). Disponible en <https://bit.ly/3GiGcDp>.
- REGALADO, José Antoni, Rosember Arisa, Christian Steiner, Ginna Rivera, Aresio Valiente y Guillermo Padilla (2020). *Pluralismo jurídico. Manual para la práctica de la justicia intercultural*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- SIERRA, Lucas (2011). *Simposio. Anuario de Derechos Humanos. 2010*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- STAVENHAGEN, Rodolfo (2009). «Los pueblos indígenas como nuevos ciudadanos del mundo». En Natalia Álvarez Molinero, Juan Oliva Martínez y Nieves Zúñiga García-Falcés (editores), *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, (pp. 19-36). Madrid: Los Libros de la Catarata.
- VÁZQUEZ, Carlos (1995). «The four doctrines of self-executing treaties». *The American Journal of International Law*, 89 (4): 695-723.
- YRIGOYEN, Raquel (2011). «El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización». En César Rodríguez (coordinador), *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, (pp. 139-159). Buenos Aires: Siglo XXI.

Sobre el autor

CLAUDIO NASH ROJAS es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (1998) y doctor en Derecho (2008), ambos de la Universidad de Chile. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es cnash@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0000-0003-3124-166X>.

REVISTA TRIBUNA INTERNACIONAL

La *Revista Tribuna Internacional* busca fomentar la reflexión, el debate, el análisis y la comunicación pluralista y con rigor científico en las áreas del derecho internacional público, derecho internacional privado, relaciones internacionales y derecho internacional de los derechos humanos. Los artículos y ensayos son seleccionados mediante revisión de pares externos a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Se reciben trabajos en castellano y en inglés.

EDITOR GENERAL

Luis Valentín Ferrada Walker

SITIO WEB

tribunainternacional.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

revistatribuna@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)