

Cristián Román Cordero\*

# Reconocimiento constitucional de los pueblos originarios en Chile

**SUMARIO:** 1. Presentación. 2. La cuestión indígena en Chile. 3. Reconocimiento constitucional de los pueblos originarios en Chile. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

## 1. Presentación

1. Quisiera, en primer lugar, agradecer la gentil invitación a participar en este Seminario sobre Reformas Constitucionales que ha organizado el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, dirigido por el profesor señor Enrique Navarro Beltrán.

2. En el marco de este seminario me ha correspondido abordar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas (con especial referencia a las consecuencias que ello puede generar en cuanto al gobierno y administración interior). Esta temática es, hoy por hoy, contenido obligado de futuros proyectos de reforma constitucional o de una nueva Carta Fundamental. En este sentido cabe destacar que la actual presidenta electa, durante su campaña electoral (y en su Programa de Gobierno),<sup>1</sup> declaró la necesidad de su concreción, posición ésta que guarda plena correspondencia con el ideario que en materias indígenas se fijó la Concertación (antecedente del próximo pacto gobernante), tal como dan cuenta el “Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato”<sup>2</sup>

- 1 En lo medular dicho programa plantea: “Chile, en cuanto nación, es indivisible y pluricultural. Chile incluye a los pueblos indígenas, quienes gozan de identidad y cultura propia. (/) Los derechos colectivos se relacionan con el medio en que viven estos pueblos y en el uso de sus recursos, y el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, lengua, instituciones y tradiciones sociales y culturales. (/) El Estado debe fomentar la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales y tradiciones”. Programa de Gobierno de la Candidata Michelle Bachelet Jeria. En: <http://michellebachelet.cl/programa/> [Revisado el 22/01/2014].
- 2 En efecto, en este se precisa, entre las propuestas y recomendaciones: “Perfeccionar la Constitución Política del Estado, introduciendo una regla incorporada en las Bases de la Institucionalidad, que: –Declare la existencia de los Pueblos Indígenas, que forman parte de la nación chilena, y reconozca que poseen culturas e identidades propias. –Declare que los Pueblos Indígenas de Chile son descendientes de las sociedades pre-coloniales

\* *Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile.*

y el documento “Re-Conocer, Pacto Social por la Multiculturalidad”,<sup>3</sup> así como también el proyecto de reforma constitucional que la misma enviara con ese propósito al Congreso Nacional durante su anterior Gobierno (2007).<sup>4</sup>

3. Como plan de exposición, me referiré, primeramente, a la cuestión indígena en Chile, para luego abordar el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, en especial la experiencia comparada, la discusión en Chile, sus eventuales efectos y la experiencia que ha tenido lugar, implícitamente, en relación al pueblo originario rapa nui o pascuense, a propósito de la calidad de territorio especial de Isla de Pascua, al tenor de lo preceptuado por el artículo 126 bis de la Constitución. Termino apuntando las conclusiones y la bibliografía consultada.

## 2. La cuestión indígena en Chile

4. En Chile, lo que podemos llamar cuestión indígena permaneció durante mucho tiempo oculta. Ello se debió, esencialmente, a que, a diferencia del Derecho Indiano, el Derecho Republicano reconoció como principio basal la igualdad ante la ley en términos amplios; así los miembros de los pueblos originarios, con arreglo a él, fueron conceptuados no como tales sino sólo como campesinos. Probablemente, aquello obedeció a la idea inicial de conformar una nación unitaria y homogénea. Así las cosas, el Derecho Nacional, por regla general, no hizo mayor distinción respecto de los miembros de tales pueblos originarios y menos reconoció jurídicamente a estos últimos. Ahora bien, una de las primeras circunstancias en las que en Chile se discutió indirectamente sobre este tema (en específico, sobre la diversidad cultural y su incidencia en la aplicación del Derecho Nacional), fue a propósito del caso de doña Juana Catrilaf, a mediados del siglo pasado,

que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente el Estado chileno extiende su soberanía, a las que están ligadas por una continuidad histórica. –Establezca el deber del Estado de garantizar la preservación de la diversidad étnico cultural de la nación y, por consiguiente, la preservación y el ejercicio de la cultura y la identidad de los Pueblos Indígenas, con pleno respeto de la autonomía de sus miembros; y que –En consonancia con dicha declaración, reconozca y garantice el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los Pueblos Indígenas, de conformidad a las propuestas que en este sentido se detallan más adelante.

(/) La Comisión estima que dicha regla constitucional, permitiría corregir la invisibilidad y negación de que han sido objeto los Pueblos Indígenas, y la discriminación y menoscabo que han padecido sus integrantes, permitiendo enmendar los efectos de aquellas políticas que han tenido por finalidad enmendar los efectos de aquellas políticas que han tenido por finalidad explícita el asimilar a estos pueblos o que, sin tenerla, han tenido por finalidad explícita el asimilar a estos pueblos o que, sin tenerla, han tenido iguales consecuencias.

(/) Asimismo, la Comisión estima que una regla constitucional que contenga estos elementos, poseería el valor de una directriz para las políticas estatales y un valor interpretativo para el conjunto de las reglas. Asimismo, la Comisión considera que, de acuerdo a la evolución del derecho internacional y la práctica constitucional, una regla como la descrita permitiría sustentar políticas de discriminación positiva encaminadas a equiparar a los Pueblos indígenas con el resto de la comunidad nacional”. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato. En: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/268/nuevo-trato-indigena.pdf?sequence=1> [Revisado el 22/01/2014], p. 588.

3 Este precisa, en el plan de acción y condiciones para su puesta en marcha, en lo que concierne al sistema político y derechos, “Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como parte del Estado de Chile”. Re-Conocer Pacto Social por la Multiculturalidad. En: <http://www.intendenciaaaraucania.gov.cl/filesapp/Pacto%20social.pdf> [Revisado el 22/01/2014], p. 13.

4 Boleín N° 5522-07. Mensaje N° 1101-355, de 23 de noviembre de 2007.

mujer de la etnia mapuche respecto de la cual se siguió un procedimiento penal, por el homicidio de otra que creía, conforme a su cultura, le ocasionaba un mal de ojo y que de no proceder así terminaría con su vida. El juez penal la liberó de responsabilidad bajo el entendido de que había obrado con miedo insuperable.<sup>5</sup>

5. Dicho estado de cosas cambió desde 1989, toda vez que con el denominado Acuerdo de Nueva Imperial, dicha cuestión no sólo fue reconocida, sino que las futuras nuevas autoridades (cuyo pacto gobernó hasta el año 2010) asumieron el compromiso de enmendarla. En este contexto, merece destacarse la Ley Indígena,<sup>6</sup> que, en lo medular, reconoció las *etnias* indígenas, la relevancia que para éstas reviste la tierra, el deber del Estado de “respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades”,<sup>7</sup> y creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Asimismo, la ratificación del convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,<sup>8</sup> la Ley que Crea Borde Costero de Pueblos Originarios<sup>9</sup>, la Ley Establece Medidas contra la Discriminación,<sup>10</sup> la Ley General de Educación,<sup>11</sup> etcétera. A lo anterior cabe agregar una serie de programas gubernamentales dirigidos al mismo propósito, tales como, por ejemplo, el denominado “Orígenes”, salud multicultural (aplicado por algunos Servicios de Salud y que permite a sus usuarios ser atendidos por médicos alópatas o bien por curanderos de distintas etnias –ej., machi–), jardines infantiles y colegios con currículum intercultural (lo que se evidencia, esencialmente, en ser bilingües), etcétera.

5 Véase: LOLAS, NAZRALA, MARTA, *Imputabilidad y culpabilidad en el caso de Juana Catrilaf*, Editorial Universitaria S.A., Santiago, 1961.

6 Ley N° 19.253, Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

7 El artículo 1° de este cuerpo legal precisa: “Artículo 1°. El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. (I) El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores. (I) Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.

8 Decreto 236, 2009, Ministerio de Relaciones Exteriores.

9 Ley N° 20.249.

10 Ley N° 20.609. Este cuerpo legal, al definir la discriminación arbitraria, destaca el caso de aquéllas que se funden en la raza o etnia (artículo 2°).

11 DFL N° 2, 2013, Ministerio de Educación. Esta precisa que el sistema educacional propiciará la incorporación de diversas condiciones étnicas (artículo 3°, letra j); que es deber del Estado velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, promoviendo especialmente que se reduzcan las desigualdades derivadas de circunstancias étnicas (artículo 4°, inciso 10°); que la educación parvularia fomentará el desarrollo integral de los niños y niñas y promoverá los aprendizajes, conocimiento, habilidades y actitudes que les permitan desarrollar actitudes de respeto y aceptación de la diversidad social, étnica, cultural, religiosa y física (artículo 28, letra e); y que la educación básica tendrá como objetivos generales (...) que los educandos desarrollen los conocimientos, habilidades y actitudes que les permitan reconocer y respetar la diversidad étnica (artículo 29 letra d).

6. Como se observa, en los últimos veinte años ha habido un abrupto y consistente cambio en relación al tratamiento de la cuestión indígena, el que se evidencia, además, hoy, en los proyectos actualmente en tramitación legislativa, que proponen, por ejemplo, reconocer como deporte nacional a los juegos deportivos ancestrales de los pueblos originarios, autorizar el izamiento de banderas o la exhibición de símbolos representativos de dichos pueblos en recintos públicos, establecer el Día de los Pueblos Originarios, crear el Consejo de Pueblos Indígenas, consagrar el respeto a sus lenguas, etcétera;<sup>12</sup> así como también la litigación ante instancias judiciales, cada vez más creciente, que se sustenta, directa o indirectamente, en la calidad de pueblos originarios o de miembro de éstos, tal como aconteció, por ejemplo, con la causa Rol N° 1048 seguida ante el Tribunal Constitucional, en la que, teniendo por gestión pendiente una causa penal, se requirió a dicha Magistratura la inaplicación de un conjunto de cuerpos legales respecto de territorios indígenas situados al sur del Río Bío Bío (dicho requerimiento fue declarado inadmisibles).<sup>13</sup>

### 3. Reconocimiento constitucional de los pueblos originarios en Chile

#### *Reconocimiento constitucional expreso de los pueblos originarios*

7. Si bien mucho se ha avanzado en el tratamiento institucional de la cuestión indígena en Chile, esto, por el momento, no se ha traducido en el reconocimiento, en sede constitucional, de los pueblos originarios. Aquello constituye una excepción a la tendencia que es posible advertir en el Derecho Constitucional Latinoamericano. Ahora bien, cabe precisar que si bien en éste hay un profuso reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, su concreción es disímil (así en unos países su reconocimiento puede ser calificado como extensivo y en otros, como restrictivo). Así, por ejemplo, en cuanto a la diversidad, los Estados se declaran de variada forma: plurinacional intercultural, plural, multiétnico, etcétera; en cuanto a la determinación política: o ésta se reconoce plenamente, o bien sólo un régimen político y jurídico especial, o sólo el derecho a participar en la toma de decisiones que les afecten, etcétera; en cuanto a su rol político en el Estado: o se les reconoce una representación

12 Al respecto, véanse, entre otros, Boletines N°s 9057-04, 8042-06, 7271-06, 7208-07, 6343-06, 6703-06.

13 Conforme señala el considerando 7° de la referida sentencia de inadmisibilidad: “Que el requerimiento deducido ha sido interpuesto, con el propósito de declarar la “inaplicabilidad e inconstitucionalidad de las leyes del 2 de julio de 1852, del 4 de diciembre de 1866, que son las supuestas bases del sistema legal e institucional del Estado de Chile al sur del Bío Bío, y todas las otras leyes que las implementaron en el tiempo, cuyo listado principal aparece en el artículo 12 de la Ley Indígena 19.245, publicado el 5 de octubre de 1993 en el Diario Oficial, y más modernamente el Código Procesal Penal o ley N° 19.696 y la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público que lleva el N° 19.640”. En el mismo sentido, y como se señala en la parte petitoria, la acción se presenta con el propósito de “declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del C. Penal, de todo sus Códigos adjetivos, en especial el C. Procesal Penal y la Ley Orgánica sobre funcionamiento del Ministerio Público, “en el territorio de los indígenas situados al sur del Bío Bío...”, por estar superpuestas sobre leyes y Tratados que en el derecho internacional se denominan *Iuss Cogens*, o normas perentorias de orden superior sobre las cuales ni pueden superponerse leyes, constituciones u otros tratados y así declararlos”.”

política privilegiada (representación en las cámaras legislativas, o instancias de decisión administrativa, central o local), o sólo a ser consultados respecto de las decisiones que pudieren afectarles, etcétera; en cuanto al Derecho Consuetudinario Indígena: o no se reconoce, o bien sí, pero con limitaciones tales como ser conforme al Derecho Estatal y a los Derechos Fundamentales (incluso reconociéndose, en algunos casos, un orden jurisdiccional especial), etcétera.

8. En Chile, se tramitan varios proyectos de reforma constitucional sobre reconocimiento, en dicha sede, de los pueblos originarios, mas los dos más importantes, que han sido refundidos, evidencian las posiciones antagónicas que al respecto hay, a nivel político, en nuestro país. En efecto, mientras uno sólo “reconoce y valora la contribución de los pueblos indígenas originarios”,<sup>14</sup> el otro, introducido a través de mensaje (2007),<sup>15</sup> reconoce derechamente, en sede constitucional, la existencia de los pueblos originarios, y cuyo tenor es el que sigue:

ARTÍCULO ÚNICO. Introdúcense las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República:

1. Agrégase el siguiente inciso cuarto al Art. 3°:

“La nación chilena es multicultural.

El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales”

2. Agrégase el siguiente nuevo inciso 10° al artículo 19 N° 24, pasando el actual a ser 11° en el siguiente sentido:

“Con todo, la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas”.

9. Este proyecto ha encontrado reparos en algunos parlamentarios en razón de que de su redacción podría inferirse, conforme plantean, el reconocimiento del derecho a la autodeterminación política de tales pueblos, con lo cual, coloquialmente, podría establecerse un Estado dentro de otro<sup>16</sup>. Al respecto cabe replicar que, tal como sos-

14 Boletín N° 5324-07. Este proyecto en lo medular dispone:

Artículo Primero:

Modifícase el artículo 2° de la Constitución, introduciéndose los siguientes incisos primeros y segundos, pasando el actual a ser el inciso tercero:

“La Nación chilena, una e indivisible, reconoce y valora la contribución de los pueblos indígenas originarios, definidos como grupos de culturas anteriores a la organización del Estado y a la conformación del pueblo chileno. Es deber del Estado respetar la identidad, cultura y tradiciones de sus raíces ancestrales”.

Artículo Segundo:

“Añádase al último inciso del N° 2 del Art. 19, la siguiente oración final:

“Entre otras, no se podrán establecer diferencias arbitrarias que se funden en el origen étnico o racial de las personas”.

15 Boletín N° 5522-07.

16 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en dos proyectos de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, sobre reconocimiento de los pueblos indígenas. Boletines N° 5324-07 y 5522-07, refundidos.

tuviera el Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol N° 309, la expresión “pueblo” que emplea el Convenio N° 169 de la OIT, lo que cabe aplicar igualmente a esta discusión, no debe entenderse en el sentido que otorga a dicho concepto el Derecho Internacional, no constituye un ente colectivo autónomo entre individuos y el Estado y no detenta potestades públicas; se trata, en consecuencia, de un conjunto de personas o grupos de personas con cierta unidad cultural.<sup>17</sup>

10. Otro cuestionamiento parlamentario sostiene que el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios es superfluo. Entiendo que ello no es así, primeramente, porque dicho reconocimiento inserto, como se pretende, en las Bases de la Institucionalidad, se erigiría como criterio interpretativo de la propia Constitución, y en tanto norma con rango constitucional, irradiaría al ordenamiento jurídico, y según sea su redacción última, podría además configurar deberes, con mayor o menor intensidad, para el Estado (en específico para sus órganos, incluido el Legislador) o derechos para los pueblos originarios de esta forma reconocidos, por ejemplo, a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales.

Así las cosas, entre los deberes derivados para el Estado del reconocimiento constitucional de los pueblos originarios (en lo que concierne al gobierno y administración interior), entre otros, cabe destacar: (i) en las regiones y/o comunas en las que población perteneciente a estos pueblos originarios sea importante, establecer un régimen de gobierno y administración especial, o bien, si esa no es la opción, disponer normativa especial o adicional para los respectivos gobiernos regionales o municipalidades (especialmente en cuanto a integración, gestión, participación y competencias); (ii) en el mismo sentido, adecuar los límites políticos y administrativos, respetando los criterios culturales de dichos pueblos originarios (por ejemplo, piénsese en el caso de pueblos originarios que hoy se hallan divididos en dos o más de las actuales regiones o comunas); (iii) reconocer las instituciones e instancias organizativas propias de cada uno de los pueblos originarios (por ejemplo, el Consejo de Ancianos del pueblo originario rapa nui o pascuense), otorgándole, en su caso, específicas facultades o

17 Así este fallo, en lo medular, expresó:

“44° Que todo lo expuesto y, especialmente, los propios de la Convención N° 169 cuestionada, es suficiente para que este Tribunal llegue a la íntima convicción que la expresión “pueblos indígenas”, debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre individuos y el Estado.

46° Que las disposiciones del Convenio N° 169 transcritas en el considerando precedente son suficientemente claras como para concluir que los pueblos indígenas, al igual que sus connacionales quedan enteramente sometidos al ordenamiento constitucional vigente y demuestran, asimismo, que no están dotados de potestades públicas propias. Los derechos de los pueblos indígenas de participación y de ser consultados, en las materias que les conciernen, no configuran, por cierto, un estatuto de poderes o potestades públicas. Así, también, parece que lo entienden los propios requirentes, ya que las normas relativas a estas materias se objetan, por modificar preceptos propios de leyes orgánicas constitucionales y haber sido calificadas como propias de ley común lo que está en contraposición con la idea de que ellas modificarían la Carta Fundamental”.

atribuciones (por ejemplo, el carácter de órgano consultivo); y (iv) establecer una nueva institucionalidad indígena que represente a los pueblos originarios de Chile y permita encauzar sus demandas hacia las autoridades nacionales (y no, como acontece hoy con la CONADI, que es sólo un órgano ejecutor de políticas públicas y no de representación de dichos pueblos), y cuyos miembros preferentemente sean elegidos democráticamente a partir de los mismos pueblos originarios, tal como pretende el proyecto de ley que crea el Consejo de Pueblos Indígenas.<sup>18</sup>

### *Reconocimiento constitucional implícito del pueblo originario rapa nui o pascuense*

11. El artículo 126 bis de la Constitución, introducido por la ley N° 20.193,<sup>19</sup> de 2009, establece en el Capítulo XIV Gobierno y Administración Interior del Estado, *disposiciones especiales* (título del nuevo párrafo), en específico dicho precepto reconoce la categoría de territorio especial en los siguientes términos: “Son territorios especiales los correspondientes a Isla de Pascua y al Archipiélago de Juan Fernández. El Gobierno y Administración de estos territorios se regirá por estatutos especiales que establezcan las leyes orgánicas constitucionales respectivas”. Posteriormente, la ley N° 20.573<sup>20</sup> agregó un inciso 2° al referido artículo 126 bis, cuyo tenor es el que sigue: “Los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde cualquier lugar de la República, garantizado 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”.

12. Cabe hacer presente que, hasta el momento, ninguna de las leyes orgánicas constitucionales a las que se refiere el artículo 126 bis ha visto la luz. Mas en el año 2008 se envió el mensaje “con el que se inicia un proyecto de ley que establece el estatuto especial de gobierno y administración para el territorio de Isla de Pascua”<sup>21</sup> (mas no uno relativo al territorio especial Archipiélago de Juan Fernández). Este proyecto de ley, en lo que nos parece más relevante: (i) crea la figura del *Gobierno Insular*, “órgano que, para el ejercicio de sus funciones, estará dotado de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio. En el estará radicada la administración superior del Territorio Especial. Tanto el Gobernador como el Gobierno Insular se relacionarán con el Presidente de la República a través del Ministerio del Interior. (f) De esta forma, el Gobierno Insular se erige con características relativamente similares a las de un Gobierno Regional. (f) El Gobierno Insular estará constituido por dos órganos: el Gobernador Insular y el Consejo de Desarrollo Regional”; (ii) reconoce al *Consejo de Ancianos Rapa Nui*<sup>22</sup> como “una organización que forma parte de la tradición y cultura propias del pueblo rapa nui, erigiéndose como su máxima autoridad

18 Boletín 6743-06.

19 Diario Oficial, 30 julio de 2007.

20 Diario Oficial, 6 marzo de 2012.

21 Boletín N° 5940-06. Mensaje 350-356.

22 Ya lo había realizado el artículo 68 de la Ley N° 19.253.

moral y espiritual y confiriéndosele la misión de velar por la identidad, conservación y protección de la cultura rapa nui (...) se establece como un órgano consultivo (...) Es así como en materias como protección de las tradiciones, lengua y cultura, la consulta al Consejo de Ancianos será obligatoria. Además, su Presidente se incorpora al Consejo de Desarrollo Insular”; y (iii) otorga a la Municipalidad de Isla de Pascua “competencias que no están contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. De este modo, se propone incorporar como nueva función privativa de la Municipalidad de Isla de Pascua regular el desarrollo del turismo dentro del Territorio Especial, con arreglo a las políticas nacionales existentes en la materia (...) Por otra parte, la Municipalidad podrá desarrollar, directamente o con otros organismos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con la administración, vigilancia y control del Parque Nacional Rapa Nui. (/) Asimismo tendrá como nueva función compartida la promoción, diseño y ejecución, en coordinación con las autoridades competentes, como asimismo, el financiamiento de programas, proyectos y acciones en materia de fomento de las actividades productivas, desarrollando el emprendimiento, la innovación para la competitividad, la ciencia y tecnología aplicada y el mejoramiento de las gestión de la base productiva local”.

13. El establecimiento de esta normativa especial en cuanto al gobierno y administración de estos territorios denominados especiales pareciera, *a prima facie*, tener fundamento en el carácter insular oceánico de éstos (Isla de Pascua y Archipiélago de Juan Fernández), mas estimo que este régimen de excepción (estatutos especiales) ha sido establecido en especial consideración al pueblo originario rapa nui o pascuense. Prueba de ello es que ambas leyes de reforma constitucional, a través de la cual se incorpora el artículo 126 bis y luego su inciso 2º, reconocen como antecedente manifestaciones de singular intensidad que efectuaron los pascuenses (amenazando incluso con su independencia), y el hecho que dicho precepto constitucional se refiera a los *estatutos especiales que establezcan leyes orgánicas constitucionales respectivas*, con lo que tácitamente admite distinciones en cuanto al régimen jurídico del territorio especial Isla de Pascua y del territorio especial Archipiélago de Juan Fernández, y en razón de que hasta el momento sólo se ha remitido el proyecto de ley –mensaje– referido al primero de ellos (y que de ser aprobado concretaría el referido precepto constitucional respecto del territorio especial Isla de Pascua, mismo que en relación al territorio Archipiélago de Juan Fernández quedaría sólo como precepto programático).

14. Así las cosas, en los hechos, tenemos un reconocimiento implícito, en sede constitucional, de un pueblo originario, el rapa nui o pascuense, que dispondrá de normas de gobierno y administración consultadas en un estatuto especial conforme precisará una ley orgánica constitucional. Así las cosas, es plausible que a otros pueblos originarios, en relación a determinados territorios (respecto de los cuales entiendan tener derechos ancestrales), previa modificación constitucional, se le reconozca igual régimen de excepción, estatuto especial, cuya concreción quede encomendada a una ley orgánica constitucional, la cual recoja sus propias singularidades (por ejemplo,

los mapuches respecto de todo o parte del territorio denominado por aquéllos como Wallmapu, que comprende parte de las VIII y IX Regiones). En efecto, la *vis expansiva* de la categoría territorio especial queda ya en evidencia, por ejemplo, con el proyecto de ley recientemente presentado por los senadores Orpis, Bianchi, Horvath y Larraín Fernández, que pretende que sean considerados igualmente territorios especiales, para los efectos de lo previsto en el artículo 126 bis de la Constitución, aquéllos “geopolíticamente estratégicos”.<sup>23</sup>

#### 4. Conclusiones

15. A la luz de lo señalado precedentemente, podemos concluir:

1. En Chile, a pesar de evidenciarse en los últimos dos decenios un importante avance en el tratamiento de la cuestión indígena, aún no se ha reconocido, en sede constitucional, a los pueblos originarios. Tal situación ha persistido, no obstante haberse presentado varios proyectos de reforma constitucional en ese sentido, principalmente, por la fuerte resistencia de algunos parlamentarios que han estimado que ello podría ser interpretado como el reconocimiento implícito de un derecho a la autodeterminación política de esos pueblos, con lo que se crearía un Estado dentro de otro. Conforme ya ha señalado el Tribunal Constitucional en caso alguno ese es el correcto alcance de la expresión pueblo, toda vez que éste corresponde sólo a un conjunto de personas o grupos de personas con cierta unidad cultural.
2. El reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, máxime si se efectúa en las Bases de la Institucionalidad, se erige como un criterio de interpretación de la propia Constitución y, en tanto norma constitucional, irradia a todo el ordenamiento jurídico, y según sea su redacción final, puede imponer deberes, con mayor o menor intensidad, a los órganos del Estado, incluido el Legislador. En lo que concierne al gobierno y administración interior, se podrían contar entre esos deberes, entre otros, en las regiones y/o comunas en las que población perteneciente a estos pueblos originarios sea importante, establecer un régimen especial, o bien, si esa no es la opción, disponer normativa especial o adicional para los respectivos gobiernos regionales o municipalidades (especialmente en cuanto a integración, gestión, participación y competencias); adecuar los límites políticos y administrativos, conforme a los criterios culturales de dichos pueblos; reconocer las instituciones e instancias organizativas propias de cada uno de los pueblos originarios, otorgándole, en su caso, específicas facultades o atribuciones; y establecer una nueva institucionalidad indígena que represente a los pueblos

23 Bolefín N° 9160-06. En lo medular precisa agregar a la Constitución: “Artículo 126 ter. También se considerarán territorios especiales los geopolíticamente estratégicos. (f) En estos territorios el Estado deberá velar por su desarrollo económico y social y promoverá políticas de poblamiento y conectividad. (f) Serán definidos mediante Decreto Supremo por el Presidente de la República y la Administración financiera, inversión pública y tributaria se regirá por los estatutos especiales que establecerá una ley orgánica constitucional”.

originarios de Chile y permita encauzar sus demandas hacia las autoridades nacionales.

3. En lo que concierne al gobierno y administración interior, ha operado implícitamente un reconocimiento constitucional del pueblo originario rapa nui o pascuense, al tenor de lo preceptuado en el artículo 126 bis de la Constitución, en tanto reconoce la calidad de territorio especial a la Isla de Pascua y, en tanto tal, supedita su gobierno y administración a un estatuto especial que ha de precisar la ley orgánica constitucional respectiva. En este sentido, el criterio definidor de esta categoría –y régimen especial– no está en la calidad de isla oceánica de ésta, sino en que ella es territorio natural del referido pueblo originario. Así las cosas, es plausible que a otros pueblos originarios, en relación a determinados territorios, previa modificación constitucional, se le reconozca igual régimen de excepción, estatuto especial, cuya concreción quede encomendada a una ley orgánica constitucional (la que en su diseño inequívocamente ha de considerar sus singularidades). Aquello podría acontecer, por ejemplo, con el pueblo originario mapuche con todo o parte del denominado territorio Wallmapu. Esta *vis expansiva* de la categoría territorio especial queda ya en evidencia con el reciente proyecto de reforma constitucional que precisa se extienda a aquellos territorios geopolíticamente estratégicos.

## 5. Bibliografía

- AGUILAR, GONZALO, LAFOSSE, SANDRA, ROJAS, HUGO, y STEWARD, RÉBECCA, *Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina*. En: [http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Análisis Comparado del Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indigenas en América Latina%20 Dec%202010 CPPF Briefing Paper f.pdf](http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Análisis_Comparado_del_Reconocimiento_Constitucional_de_los_Pueblos_Indigenas_en_América_Latina%20Dec%202010_CPPF_Briefing_Paper_f.pdf) [Revisado el 22/01/2014].
- AYLWIN OYARZÚN, JOSÉ, *Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina*. En: [http://www.archivochile.com/Ideas\\_Autores/aylwino\\_j/aylwinoj0036.pdf](http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/aylwino_j/aylwinoj0036.pdf) [Revisado el 22/01/2014].
- BRODSKY, RICARDO, *El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas*. En: <http://blogs.cooperativa.cl/opinion/politica/20130123164635/el-reconocimiento-constitucional-de-los-pueblos-indigenas/> [Revisado el 22/01/2014].
- COUSO, JAIME, *Mapuches y el Derecho Penal*. En: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA12\\_Couso\\_CV\\_Sp\\_20120403.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA12_Couso_CV_Sp_20120403.pdf) [Revisado el 22/01/2014].
- Derechos Humanos y los Pueblos Indígenas, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006*. En: [http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/ddhh\\_indigenas.pdf](http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/ddhh_indigenas.pdf) [Revisado el 22/01/2014].
- Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*. Simposio. En: <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11481/11832> [Revisado el 22/01/2014].

- DONOSO, SEBASTIÁN e IRARRÁZABAL, IGNACIO, “Reflexiones sobre la nueva institucionalidad indígena”, *Apuntes Legislativos*, Observatorio de Iniciativas Legislativas, noviembre 2009, N° 3. En: [http://politicaspUBLICAS.uc.cl/cpp/static/uploads/adjuntos\\_publicaciones/adjuntos\\_publicacion\\_archivo\\_adjunto.86059c5675a2eb7e.4150554e544553204c454749534c415449564f53204ec2ba20332020696e737469747563696f6e616c6964616420696e6469cc8167656e612e706466.pdf](http://politicaspUBLICAS.uc.cl/cpp/static/uploads/adjuntos_publicaciones/adjuntos_publicacion_archivo_adjunto.86059c5675a2eb7e.4150554e544553204c454749534c415449564f53204ec2ba20332020696e737469747563696f6e616c6964616420696e6469cc8167656e612e706466.pdf) [Revisado el 22/01/2014].
- HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM LORENA, *Los Pueblos Indígenas y su reconocimiento constitucional aún pendiente*. En: <http://creasfile.uahurtado.cl/LOS%20PUEBLOS%20INDÍGENAS%20Y%20SU%20RECONOCIMIENTO%20CONSTITUCIONAL%20PENDIENTE.%20LEXISNEXIS.pdf> [Revisado el 22/01/2014].
- Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*. En: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/268/nuevo-trato-indigena.pdf?sequence=1> [Revisado el 22/01/2014].
- MEZA-LOPEHANDÍA GLAESSER, MATÍAS, *Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas. Con especial referencia al Derecho a la consulta*. En: [http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/reconocimiento\\_constitucional\\_final.pdf](http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/reconocimiento_constitucional_final.pdf) [Revisado el 22/01/2014].
- OLEA RODRÍGUEZ, HELENA (coordinadora), *Derecho y Pueblo Mapuche*, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013.
- PRADO, MAXIMILIANO, “La cuestión indígena como cuestión constitucional. Algunas proposiciones para su discusión”, *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, pp. 111 y ss.
- Programa de Gobierno de la Candidata Michelle Bachelet Jeria*. En: <http://michelle-bachelet.cl/programa/> [Revisado el 22/01/2014].
- RAVEST IBARRA, MAXIMILIANO, “El reconocimiento de los pueblos indígenas en los textos constitucionales. Breve análisis del Derecho Comparado”, *Revista Derecho y Humanidades*, N° 17, pp. 91 y ss.
- Re-Conocer Pacto Social por la Multiculturalidad*. En: <http://www.intendenciaaraucania.gov.cl/filesapp/Pacto%20social.pdf> [Revisado el 22/01/2014].
- SIERRA, LUCAS, “La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo”, *Estudios Públicos*, N° 92, pp. 19 y ss.
- VARAS, AUGUSTO, *La derecha y el reconocimiento constitucional del Estado a los pueblos originarios*. En: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/01/14/la-derecha-y-el-reconocimiento-constitucional-del-estado-a-los-pueblos-origarios/> [Revisado el 22/01/2014].

