

Observaciones a la propuesta

# “Participación y Consulta Indígena” de la Convención Constitucional



## **Observaciones a la propuesta de “Participación y Consulta Indígena” de la Convención Constitucional**

Alejandra Precht, investigadora CIIR  
Dante Choque, investigador CIIR  
Fabián Flores, investigador CIIR y Plataforma Contexto  
Fernando Pairican, investigador CIIR

El pasado 14 de septiembre la Convención Constitucional aprobó en general la propuesta de Reglamento sobre Participación y Consulta Indígena, dando 48 horas para la presentación de indicaciones<sup>1</sup>.

La participación de los pueblos originarios en el proceso constituyente es un sin duda un imperativo. Como primeras naciones y habitantes del territorio tienen derecho a participar en todas las instancias. De ello derivó la importancia de contar con escaños reservados para todos los pueblos y, en la actualidad, contar con un sistema que les permita acceder a la discusión e incidir en la deliberación del proceso constituyente.

Es importante tener presente que una Constitución Política “Es la Ley Fundamental y permanente dada a nombre del pueblo soberano para garantizar los derechos individuales y sociales y para organizar la vida del Estado estableciendo al efecto los poderes públicos y deslindando su respectiva esfera de acción”<sup>2</sup>, por lo que el “concepto de Constitución ha de ser vinculado por ello a la noción de poder constituyente del pueblo.”<sup>3</sup> La elaboración de la Carta Fundamental, con una amplia participación social, responde directamente al concepto de soberanía popular como principio de legitimidad, supuesto base para construir un consenso social que nos identifique a todos.

El derecho a la participación y en particular a la consulta indígena establecido en el Convenio N°169 de la OIT, no fue ciertamente pensado para un proceso constituyente, sino para procesos legislativos y administrativos ordinarios que ocurren dentro de los Estados. Lo mismo ocurre en el caso de la Declaración de las Naciones Unidas y de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

El proceso constituyente de Chile, a diferencia de otras experiencias recientes en el mundo, es único al posibilitar un proceso de participación y consulta indígena impulsado desde dentro

---

<sup>1</sup> Disponible en el siguiente link: <http://sala.cconstituyente.cl/#!/documento/4077/24/0/Default/0.4211581034751135>

<sup>2</sup> Diccionario Jurídico Chileno y de las Ciencias Afines. Enrique Diémer y Olga Cerda. Lexis Nexis. Santiago.2006 (De Veolia, citado por Bielsa).

<sup>3</sup> Enciclopedia Jurídica Básica-Volumen I. Editorial Civitas.Madrid. 1995, pág. 1526. La cual agrega que “Es cierto que por esta vía también la validez del derecho se hace depender en último término de la voluntad del poder, pero no de cualquier poder, sino de un poder cuya legitimidad puede sostenerse con argumentos racionales y por eso, al menos en teoría demostrarse”.

de la Convención y protagonizado principalmente por convencionales de pueblos originarios. Sin duda esto debe ser celebrado.

Sin perjuicio de lo anterior, existen dos puntos centrales necesarios a definir con claridad, para no entrapar el proceso constituyente, y también para promover un trabajo entre los ciudadanos y los constituyentes basado en la confianza y la legitimidad.

El primero de ellos es el plazo. Por todos es sabido que la Convención Constitucional cuenta con 9 meses para realizar su labor, ampliable por 3 meses, con lo cual al 3 de Julio de 2022 debe tenerse listo el borrador de Constitución para ser sometido a votación popular en el plebiscito de salida. A nuestro juicio falta especificar en la propuesta de Reglamento, a lo menos, una norma que clausure el periodo de consulta a los pueblos originarios.

En segundo lugar, debe definirse el alcance de la consulta. Ello en dos sentidos. Por una parte, definir si se trata o no de una consulta vinculante para los convencionales y, por otra, delimitar las materias de dicha consulta, en especial si se desea que existan temas vinculantes.

En relación al primer aspecto, el Convenio 169 de la OIT establece que la finalidad de la consulta es llegar a acuerdos, mientras que las Declaraciones establecen que es para obtener el consentimiento de los pueblos. Si bien es cierto que la obligatoriedad del Convenio es innegable en relación a las Declaraciones, al ser estos instrumentos blandos de derecho internacional, no es menos cierto que de buena fe los Estados deben intentar ponerlas en práctica. No obstante, se reitera que la aplicación al proceso constituyente no sólo es innovativa respecto a su implementación, sino que también lo puede ser respecto de su alcance.

El proyecto de Reglamento en varios artículos habla de acuerdos vinculantes (artículos 1, 4 letra e, 10). Sin embargo, acto seguido en el artículo 11 establece que la Comisión (temática correspondiente, y/o de armonización de la Convención) debe expresar fundadamente las razones para acoger o desechar las propuestas de los pueblos originarios. Con ello pareciera colegirse que el carácter vinculante es una exigencia de que los acuerdos emanados sean escuchados y tratados por las Comisiones permanentes de la Convención y eventualmente por el pleno de la misma. Es decir, no limita o constriñe las decisiones de ambas instancias del órgano. Sin embargo, es necesario que se especifique o delimite la noción de “acuerdos vinculantes”.

Ahora bien, existe un aspecto práctico que deberá saldarse en caso señalarse que los acuerdos son vinculantes y es que cuán posible será poder llegar a acuerdo entre todos los pueblos y antes de ellos entre todos los territorios que habitan. También es necesario realizar todos los esfuerzos para lograr dichos acuerdos, a modo de minimizar los disensos.

En cuanto al segundo aspecto, y luego que la Comisión aclare el alcance del vocablo “vinculante”, será necesario definir las materias objeto de la consulta indígena en el caso que

estas tengan el carácter de vinculante. A grandes rasgos, podemos definir tres tipos de materias:

1. Aquellas de aplicación general a toda la población (v.g. sistema de pensiones). En éstas cabe una participación como cabría a cualquier otro ciudadano chileno.
2. Aquellas que establezcan relaciones entre los pueblos indígenas y el resto de las instituciones del gobierno, como puede ser regímenes de autonomía territorial o política. Ellas, debiesen idealmente ser propuestas por los propios pueblos e iniciar un proceso de negociación. Es posible que, en el contexto de una Constitución Política, se mandate finalmente a la ley la fijación del alcance de esas autonomías y dicha negociación se gatille con posterioridad. Lo anterior, tomando en cuenta lo acotado del plazo del trabajo de la Convención y que, además, debe considerar las especificidades de cada pueblo.
3. Aquellas propias de la identidad indígena, que distingue a los pueblos originarios (en forma particular a uno de ellos o a todo el conjunto) del resto de los habitantes de Chile. En estas últimas estimamos la consulta pudiese tener el carácter de vinculante, es decir, mandatorio para el actuar incluso de los convencionales. Dentro de estas materias se puede encintar el derecho a la educación, salud y vivienda indígena, derechos lingüísticos, entre otros. Ello pareciera coincidir con la competencia de la Comisión, al hablarse en el artículo 20 letra d) de los “derechos individuales y colectivos de los pueblos originarios”.

En síntesis, las normas de participación y consulta indígena, aprobadas en general el 14 de septiembre, generan un contexto de oportunidad único para que las naciones y pueblos originarios puedan ser protagonistas de este proceso constituyente, sin perjuicio de otras instancias de participación que probablemente la Convención también habilitará. En vistas de que la consulta y participación indígena se lleve con éxito, es necesario introducir indicaciones que aclaren o especifiquen el momento de su inicio y término, así como la especificación del término “acuerdos vinculantes” y las materias de consulta. Ello contribuirá a generar mayores certezas para el mundo indígena y la ciudadanía en general.