



22 de agosto de 1991.

Papá;

He sabido que se está discutiendo en el gobierno la conveniencia o no de acompañar al proyecto de ley sobre pueblos indígenas un texto de reforma constitucional sobre la materia.

Se que el asunto no es facil de resolver, y por ello creo conveniente darle me opinión.

En mi opinión el proyecto debe ir junto a un texto de reforma constitucional que reconozca a los pueblos indígenas y entregue a la ley la facultad de establecer en favor de ellos beneficios especiales, por las siguientes razones;

1. Porque el proyecto de ley probablemente va a ser considerado inconstitucional por la derecha demorando su aprobación y creando problemas politicos al gobierno.

Ello por cuanto el proyecto utiliza el termino "pueblos", que es fundamental en un nuevo tratamiento de la cuestión indígena (tal como lo establece el reciente Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas de la OIT), y que puede ser considerado como contrario a la unidad interna del Estado reconocida en la Constitución.

Además, por cuanto crea beneficios especiales en favor de los pueblos y comunidades indígenas que pueden ser considerados contrarios a la igualdad ante la ley consagrada en la Constitución.

Sobre la materia es importante señalar que se han encargado dos estudios de constitucionalidad; uno sobre el Convenio 169 realizado por Alejandro Silva Bascuñan y otro sobre el proyecto de legislación indígena hecho por Enrique Evans.

El primer informe, que yo estimo el más adecuado, señala en sus conclusiones que " el reconocimiento de la existencia en el país de pueblos indígenas no pugna con la unidad nacional ni con su soberanía" y " que el establecimiento de normas especiales relativas a los pueblos indígenas armoniza con la obligación constitucional de reconocer, amparar y respetar a los grupos intermedios y su autonomía para desarrollar sus propios fines especificos...". (pag 23 dcto. adjunto).

Sobre la utilización en el proyecto del termino "pueblos" es importante señalar por último que este señala, al igual que el Convenio 169 de la OIT que este "no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho termino en el

derecho internacional".

2. Porque el reconocimiento de la diversidad etnica del país en el nivel constitucional es una de las demandas más sentidas de los pueblos indígenas de Chile y de toda America.

3. Porque esta es la tendencia del derecho comparado actual en diversos países del mundo. Así lo han reconocido en los últimos años las constituciones de Brasil, Nicaragua, Canada, Mexico, por mencionar algunos.

4. Porque está dentro de las cuestiones a las que Usted se comprometió en el Acta de Nueva Imperial.

5. Y finalmente, porque se da en el contexto de cumplirse en 1992 los 500 años de la llegada de Colón (los indígenas no hablan de descubrimiento), y creo yo que sería interpretado nacional e internacionalmente como un gesto de justicia y reparación al que difícilmente podría oponerse algún sector político. (recuerdo que esto lo conversamos en una oportunidad y usted estuvo de acuerdo).

En cuanto a los contenidos de ese texto de reforma constitucional, le adjunto el elaborado por Enrique Evans, que en mi opinión no cumple con los objetivos que debiera tener la reforma constitucional, y el preparado por el Ministerio de la Presidencia con participación de la CEPI, que creo es el más adecuado.

Ojala le sirvan de algo estas reflexiones.

Saludos,


Jose

CONVENIO N° 169 SOBRE PUEBLOS INDIGENAS

Santiago, julio 12 de 1991

CONVENIO Nº 169 SOBRE PUEBLOS INDIGENAS.

1.- Se me ha pedido que informe, desde el punto de vista de la Constitución Política del Estado, tocante al contenido sustancial del Convenio Nº 169 "Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes", acordado el 7 de junio de 1989 y fechado el 27 de junio del mismo año en la septuagésima sexta reunión del Consejo de Administración de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

El mencionado Convenio está abierto a la ratificación de nuestro país y ha sido enviado su texto, por el Presidente de la República, al Congreso Nacional para la aprobación de éste.

El nuevo documento revisa el Convenio Nº 107 "Sobre poblaciones indígenas y tribales" de 1957, que no ha sido ratificado por Chile.

2.- El cuerpo normativo es extenso; contiene 44 artículos, distribuidos en diez partes, que tratan, respectivamente, de "Política General"; "Tierras"; "Contratación y Condiciones de Empleo"; "Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales"; "Seguridad Social y Salud"; "Educación y Medios de Comunicación"; "Contactos y Comunicación a través de las Fronteras"; "Disposiciones Generales", y "Disposiciones Finales".

3.- Resultaría muy extenso exponer y comentar cada uno de los preceptos que comprende el Convenio. Procuraré, pues, tomar en consideración exclusivamente los aspectos esenciales.

OBJETIVO ESENCIAL.

- 01-

4.- El objetivo esencial del documento se precisa, a mi juicio, en el N° 1 del art. 2º, al expresar que " Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad"; luego, en el N° 1 de su art. 3, en cuanto dispone que "Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales sin obstáculos ni discriminación" y, en fin, en el N° 1 de su art. 4, al preceptuar que "deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardia de las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados".

El Convenio, en sus consideraciones preliminares, menciona la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los numerosos documentos internacionales sobre la prevención de la discriminación.

No puede desconocerse la fuerza que tiene para nuestro país la Declaración Universal de Derechos Humanos ni olvidarse que los Pactos Internacionales de 1966 han sido ya ratificados por Chile.

Ahora bien, tanto la Declaración (art. 1 N°2), como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 2 N° 1) y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2 N° 2), condenan toda discriminación entre las personas en relación a los derechos que reconocen y, en cumplimiento de ese postulado, se han producido los diversos acuerdos internacionales inspirados en el

propósito de prevenir toda discriminación.

ALCANCE DE LA LEY INTERNACIONAL.

5.- Desde el momento en que se ratifique el Convenio deberá entenderse comprendida su normativa en la disposición del inciso 2º del art. 5 de la Constitución de 1980, según su actual texto, que deriva de la modificación introducida en razón del plebiscito de 31 de julio de 1989, por la ley 18.825 de 17 de agosto del mismo año:

"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Así, pues, nuestro país deberá considerar incorporada, y con un valor jurídico que, por lo dicho, [?]supera al de la propia Carta Fundamental, la sustancia preceptiva del Convenio.

Esos nuevos compromisos habrán de proyectarse tanto en la esfera internacional como en la interna.

En el orden internacional, asumirá nuestro Estado las responsabilidades consiguientes ante los organismos políticos, jurídicos y jurisdiccionales en cuyo seno podrá ser analizada, criticada y aún sancionada toda actuación del Estado chileno en discordancia o contradicción con la sustancia del Convenio. No puede olvidarse que es hoy posible que las personas afectadas por situaciones en pugna con tales normas, recurran directamente a los organismos internacionales competentes para requerir los amparos, sanciones y las rectificaciones correspondientes.

Por otra parte, el reconocimiento por el texto constitucional de la primacía de los tratados internacionales sobre la misma Carta, conduce tanto a la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico, en la esfera legal y reglamentaria, al contenido material de los acuerdos celebrados por nuestro país, como, asimismo, a la de que las autoridades y órganos que han de interpretar y aplicar tales normas, y en especial los que tienen jurisdicción, deban hacer prevalecer la fuerza de los tratados sobre el ordenamiento nacional.

Las observaciones que preceden llevan a precisar muy especialmente la naturaleza de los compromisos contraídos por el Estado de Chile en la esfera internacional para determinar cabalmente el alcance consecuente que tienen en el ordenamiento interno.

El art. 32, que se refiere a facilitar contactos y cooperación entre pueblos indígenas a través de las fronteras, propende tan sólo a garantizar los medios de comunicación que han de estar abiertos a sus integrantes tanto en la vida interna como en la internacional, tal como esos vínculos pueden formarse y mantenerse, y ello ocurre comúnmente en esta época de la historia, en relación a cualquier otro tipo de asociaciones a fin de asegurar intercambios entre sus miembros.

EXISTENCIA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS.

6.- El aspecto básico que habrán de apreciar los poderes públicos, al pronunciarse sobre la aprobación y ratificación del Convenio en examen, descansa, a mi juicio, en la determinación de si, dentro de la sociedad nacional chilena, conviven pueblos que reúnan las características que enuncia el documento en las letras

a) y b) de su art. 1º.

Parece indiscutible que la historia de nuestro país y su actual realidad deben llevar a reconocer, si no tal vez indiscutiblemente las circunstancias señaladas en la letra a), por lo menos, sin duda, las descritas en la letra b) del mismo.

En virtud de la letra a), el Convenio es aplicable, en efecto, "a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial".

Mientras tanto, según la letra b) del artículo citado, el documento se aplica a los "pueblos...considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas".

No podría negarse la efectividad de los problemas que genera la existencia de pueblos indígenas en Chile. No se puede escribir, en efecto, su historia prescindiendo del recuento de los procesos que presidieron, primero la conquista y la colonización, luego la pacificación de los pueblos autóctonos y más adelante el establecimiento, en distintas etapas y diversas modalidades, de reglas encaminadas a regir la convivencia de dichos pueblos en el seno de la comunidad nacional durante nuestra vida republicana. Excedería los límites de este informe hacer aquí el recuerdo de las reglas sobre protección de los indígenas, sobre la radicación de las tierras, sobre divisiones de las comunida-

des, sobre tribunales especiales, etc.

Cabe anotar, por lo menos, el Decreto Supremo 4.111 de 1931, que dió un solo texto a numerosas leyes precedentes, y la ley 17.729 de 1972, que puso término al proceso divisorio, suprimió los juzgados de Indios, creó el Instituto de Desarrollo Indígena para promover el mejoramiento de las condiciones sociales, económicas, educacionales y culturales de los indígenas y permitió la recuperación de tierras para los mapuches,

La ley recién citada establece que tienen la calidad de indígenas, independientemente de si viven en comunidad o no, o del hecho de encontrarse ésta dividida, aquellas personas que "habitando en cualquier lugar del territorio nacional, formen parte de un grupo que se exprese habitualmente en idioma aborigen y se distingan de la generalidad de los habitantes de la República por conservar sistemas de vida, normas de convivencia, costumbres, formas de trabajo o religión, provenientes de los grupos étnicos autóctonos del país" (art. 1 N° 3).

La definición recién transcrita podrá servir, al estudiar la ratificación y aprobación del Convenio, aunque pareciera más adecuada la que diera la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías establecida por la Resolución 1.589 (L del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas de 1971):

"Las poblaciones indígenas están constituídas por los descendientes actuales de los pueblos que habitaban el presente territorio de un país total o parcialmente, en el momento que llegaron a él personas de otra cultura u origen étnico provenientes de otras partes del mundo, y que los dominaron y los redujeron, por medio de la conquista, asentamiento u otros medios, a condición no dominante o colonial; que viven hoy más en conformi-

dad con sus particulares costumbres y tradiciones sociales,
económicas y culturales, que con las instituciones del país del
cual forman parte ahora, bajo una estructura estatal en que se incorporan principalmente características nacionales, sociales y culturales de otros segmentos predominantes de la población".

El recuento de la legislación nacional pertinente debe completarse con el DL 2.568 modificado por el 2.750, ambos de 1979, dictados por el Gobierno militar con anterioridad a la vigencia de la actual Carta, el cual se inspira en la intención de favorecer la constitución de la propiedad territorial individual por los mapuches estimando que por ese medio se podría llegar a resolver el problema indígena. El texto original del DL. 2.568 había llegado a disponer, en su art. 1º. que, a contar de la fecha de su inscripción en el registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces "las hijuelas resultantes de la división de las reservas dejarán de considerarse tierras indígenas e indígenas sus dueños y adjudicatarios".

La actual legislación, que propende a la asimilación de los pueblos aborígenes en la comunidad nacional, gestada sin la consulta conveniente de la opinión de los representantes de personeros de ese pueblo, explica el rechazo, por los personeros del gobierno militar, del contenido del Convenio en análisis.

La decisión que se adopte en relación con el Convenio habrá de ponderar muy especialmente lo que señala el Nº 2 de su art. 1º, en cuanto a que "la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio".

LA UNIDAD INTERNA DEL ESTADO.

7.- Revestirá especial importancia, en la decisión que se adopte, reflexionar sobre los efectos que pudiera tener la aplicación del Convenio en orden a la unidad de la soberanía nacional, no solo en el aspecto externo de la independencia estatal, sino en el de la unidad interior de la sociedad chilena.

Puede observarse el N° 3 del art. 1º en cuanto puntualiza que " la utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional ".

Lo anterior significa claramente que, conforme al derecho internacional, en relación a Chile, y no obstante el reconocimiento de que en su interior se encuentran "poblaciones indígenas", existe "un solo pueblo", tanto en orden a su estructura política interna como desde el punto de vista de la proyección de éste en el campo internacional.

Puede advertirse así que a la expresión "pueblos", que se emplea en el Convenio, no ha de atribuirse la misma significación que a ella le dan, tanto el art. 1º del Pacto de 1966 sobre Derechos Civiles y Políticos, como el art. 1º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año:

"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".

Estimo, que en el texto recién transcrito de los pactos, la acepción de "pueblo" equivale, sin duda, a la que cabe darle al término Nación, que se lo emplea a menudo como sinónimo de

pueblo, en cuanto se quiere referir a la sociedad mayor constituida por pluralidad de individuos y de grupos cuyos integrantes toman conciencia de los vínculos que los han ido uniendo a la largo de una prolongada convivencia en determinado territorio y buscan luego, consecuentemente, hacerlos más estrechos y eficaces mediante la organización del Estado que se crea para el bien común de todos sus miembros individuales y sociales.

Ahora bien, en el sentido que acabo de atribuir a la palabra "pueblo", usada como sinónimo de "nación" en los preceptos mencionados de los citados Pactos, cabe admitir que en el interior del Estado pueden convivir pluralidad de "pueblos" si ahora se toma el vocablo en la acepción en que lo usa el Convenio en estudio. Es perfectamente posible, en efecto, que en la sociedad nacional coexistan diversos sectores de sus habitantes que reúnan las características atribuidas a los pueblos según el Convenio y que provienen de la conjunción de variadas circunstancias históricas, raciales, sociológicas, lingüísticas, religiosas y culturales.

8.- El imperio de la norma constitucional según la cual "Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio (el de la soberanía)" (Art. 5 inciso 1º, tercera oración) disipa toda duda en orden a que, dentro de nuestra comunidad nacional, el reconocimiento de los pueblos indígenas pudiera llevarles a pretender reclamar de algún modo las facultades de ejercer la soberanía que compete sólo a la unidad de la nación.

Ha de tenerse presente, por otra parte, que los preceptos de la Constitución obligan a todo grupo y ninguno puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les han conferido en virtud de la Constitución o las leyes (Arts. 6 inciso 2º y

7 inciso 2º).

LOS PUEBLOS INDIGENAS COMO GRUPOS INTERMEDIOS.

9.- La ratificación del Convenio propuesto importaría admitir que los pueblos indígenas que conviven en la sociedad chilena reúnen las características propias de los grupos intermedios a que se refieren los Arts. 1º inciso 3º, 23 y 85 inciso 1º de la Constitución de 1980.

En virtud del inciso 3º del art. 1º de la Carta, " el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios, a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus fines específicos".

El contenido preceptivo del Convenio concuerda adecuadamente con la calificación de los pueblos indígenas como "grupos intermedios", en cuanto representan una realidad sociológica que es diferente de la persona de sus miembros y de la sociedad mayor organizada en Estado.

Con razón se les llama "grupos intermedios". Grupo es, en efecto, según el Diccionario de la Real Lengua Española, "pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado".

Se ha preferido certeramente la expresión "grupo intermedio" a la de "cuerpo intermedio", por cuanto hay grupo en la simple pluralidad identificada por determinada circunstancia, en tanto que la expresión "cuerpo intermedio" lleva envuelta la idea de que el grupo disponga de alguna forma organizativa, puesto que "cuerpo" es "agregado de personas que forman un pueblo, república, comunidad o asociación" y "formar" es, en efecto, "dar forma a una cosa", "juntar y congregar diferentes personas o cosas,

uniéndolas entre sí para que hagan aquellas un cuerpo moral y éstas un todo", "hacer o componer varias personas o cosas el todo del cual son partes".

Al reconocer, por lo tanto, la existencia dentro de nuestra sociedad, de pueblos indígenas se está admitiendo que éstos son "grupos intermedios", llamados a transformarse en "cuerpos intermedios" si se dan alguna forma de organización. Constituyendo cuerpos intermedios se les podrá aplicar también, por ello, lo que disponen los otros dos preceptos ya citados (art. 23 y 85 de la Carta).

Si efectivamente dentro de la sociedad mayor convive un grupo caracterizado por modalidades específicas que lo perfilan como diferente del resto de los integrantes de la comunidad entera, ello conduce a una doble y simultánea consecuencia: la de que, en la dirección de esa sociedad mayor, ha de tenerse en todo momento presente tanto el respeto de la vocación particular de las personas integrantes del grupo en la calidad que las vincula, como asimismo el respeto de la vocación del grupo como unidad sociológica, que debe ser preservada, respetada y favorecida como condición necesaria para el mejor cumplimiento del destino particular de sus mismos integrantes.

En otras palabras, hay que contar, en indestructible e íntima vinculación, el derecho simultáneo del grupo y el de quienes pertenecen a él, porque ambos propenden a la realización integral de sus componentes.

Basta la admisión de que los pueblos favorecidos por el Convenio tienen realidad y son, por lo tanto, grupos intermedios, para concluir que ellos disponen en el ordenamiento jurídico de todas las consecuencias de tal reconocimiento y, entre ellas, la posibilidad de llegar a ejercer los derechos que la Carta Funda-

mental reconoce a todo grupo como, por ejemplo, la posibilidad de expresar sus puntos de vista, de reunirse, de asociarse, etc.

El reconocimiento de los pueblos indígenas como grupos intermedios genera la autonomía en sus decisiones que en tal calidad les corresponde de acuerdo con la Constitución y que el Convenio afirma en diversos preceptos, por ejemplo: art. 7 N° 1.

10.- La conveniencia de ratificar el Convenio puede estimarse como simple expresión y consecuencia de que, según la Carta Fundamental, el Estado está al servicio de la persona, por ende al servicio de cada uno de los componentes de lo que sociológica y jurídicamente puede entenderse como el pueblo reconocido (art. 1° inciso 4°).

En el mismo sentido, propende a la ratificación del Convenio estimarla como manifestación concreta de la finalidad esencial del Estado que es, según el mismo precepto de la Carta, proveer al bien común y para ello "contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible..." (art. 1° inciso 4°).

LA POSICION DE LA IGLESIA.

11.- La inspiración del Convenio guarda amplia coincidencia con las expresiones más oficiales del pensamiento católico en la materia, sustancialmente defendido desde los comienzos del descubrimiento de los pueblos de este continente.

Se explica así la firmeza de la reacción de los obispos chilenos que regentan las diócesis en cuyos términos vive, en su gran mayoría, el pueblo mapuche, producida con motivo de la ges-

gestación y luego promulgación del DL. 2.568 de 1979.

Se emitió el 4 de mayo de 1979 una carta Pastoral de los obispos de Concepción, Los Angeles, Temuco, Araucanía, Valdivia y Osorno sobre "Evangelización del pueblo mapuche".

El documento contiene, entre otras afirmaciones fundamentales, las siguientes:

" La Iglesia distingue claramente el concepto de nación y de pueblo. Dentro de una misma nación pueden integrarse varios pueblos"; " (los mapuches)...son un pueblo porque tienen un origen histórico y una línea de continuidad; pertenecen a una raza; tiene una cultura propia y poseen una lengua que los caracteriza"; " cuando las autoridades toman decisiones importantes para el futuro histórico de un pueblo, por más que sea una minoría, deben tener respeto por la conciencia colectiva de ese pueblo".

Tales apreciaciones de nuestro Episcopado coinciden fielmente con las que pueden encontrarse en los documentos oficiales de la Iglesia Católica.

Entre los innumerables ejemplos que pueden darse me decido a citar los siguientes, que revelan hasta qué punto los preceptos del Convenio se conforman con las opiniones más solemnes y autorizadas de la jerarquía católica.

"No pertenece, pues, a la autoridad pública el determinar la índole propia de las formas culturales, sino fomentar las condiciones y las ayudas para que la vida cultural se difunda entre todos, incluso entre las minorías de determinada nación." (Encíclica Gaudium et Spes, 59).

"...los gobernantes se consagren a promover con eficacia los valores humanos de dichas minorías étnicas, es-

pecialmente en lo tocante a su lengua, cultura, tradiciones, recursos e iniciativas económicas" (Pacem in Terris, 96).

"Las culturas indígenas tienen valores indudables; son la riqueza de los pueblos. Nos comprometemos a mirarlas con respeto y simpatía y a promoverlas..." (Documento de Puebla, 1.164).

" En el camino de vuestra promoción, vosotros anheláis ser los gestores y agentes de vuestro propio adelanto... Queréis tomar parte en la marcha de vuestra nación...y en efectiva igualdad de derechos. Es una justa e irrenunciable aspiración, cuya realización fundamentará la paz, que ha de ser fruto de la justicia." ...No se trata de oponerse a una justa integración y convivencia a nivel más amplio, que permita a vuestras colectividades el desarrollo de la propia cultura y la haga capaz de asimilar de modo propio los hallazgos científicos y técnicos. Pero es perfectamente legítimo buscar la preservación del propio espíritu en sus varias expresiones culturales" (Discurso de Juan Pablo II en Latacunga, Ecuador, 31 de enero de 1985)

"...pido a los gobernantes, en nombre de la Iglesia, una legislación cada vez más adecuada que os ampare eficazmente de los abusos y os proporcione el ambiente y medios adecuados para vuestro normal desarrollo"; " Organizad asociaciones para la defensa de vuestros derechos y la realización de vuestros proyectos" (Discurso de Juan Pablo II en Quezaltenango, Guatemala, 9 de marzo de 1983).

" ...No se trata de oponerse a una justa integración y convivencia a nivel más amplio...Pero es perfectamente legítimo buscar la preservación del propio espíritu en sus varias expresiones culturales"; " ...Tenéis derecho a compartir el don de Dios que es la tierra, pero no olvidéis que ese derecho tiene un lími-

te, que está donde empieza el derecho de los demás; y en primer lugar el de los nativos y ribereños, aunque no posean títulos legales, si os consta que han sido tierras ocupadas desde hace mucho tiempo por sus familias y comunidades..." (Discurso de Juan Pablo II en Iquitos, Amazonia Peruana, 5 de febrero de 1985)

"...Al defender vuestra identidad, no sólo ejercéis un derecho, sino que cumplís también un deber: el deber de transmitir vuestra cultura a las generaciones venideras, enriqueciendo, de este modo, a toda la nación chilena, con valores bien conocidos: el amor a la tierra, el indómito amor a la libertad, la unidad de vuestras familias" (Discurso de Juan Pablo II a los campesinos e indígenas en Temuco, Chile, 5 de abril de 1987).

PRINCIPIO DE IGUALDAD.

12.- La Constitución afirma reiteradamente el principio de la igualdad. Comienza expresando que "los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (art. 1º inciso 1); consagra como deber del Estado "asegurar el derecho de las personas de participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional" (art. 1º inciso final); garantiza a toda persona la igualdad ante la ley, en Chile no hay personas ni grupos privilegiados, ni ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias (art. 19 Nº 2); la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (art. 19 Nº 3); "la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica" (art. 19 Nº 22).

El principio de la igualdad supone, pues, que en el ordenamiento jurídico se establezcan normas que traten del mismo

modo a quienes se encuentren en semejante situación y que, por otra parte, puedan imponerse distinciones que no sean discriminatorias o arbitrarias sino que, al contrario, estén dirigidas a afirmar y sostener el principio básico de la igualdad restableciendo la equiparidad entre todos.

En síntesis el principio de la igualdad postula a que las diferenciaciones no sean arbitrarias y a que, por otra parte, no constituyan un privilegio sin fundamento.

Así, por ejemplo, conforme al inciso 2º del Nº 22 del art. 19. "sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún, sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a unas y a otras".

He citado las normas constitucionales pertinentes para poderlas confrontar con los preceptos del Convenio y poner de relieve que éste, con diversas expresiones pero de la manera más constante y firme, subraya en todo momento el principio básico de la igualdad.

Dispone así que se asegura en pie de igualdad "...los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población... (art. 2 Nº 2 a); busca "eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás de la comunidad nacional" (art. 2 Nº 2 b); les asegura gozar de los derechos humanos y libertades fundamentales" sin obstáculos ni discriminación" (Art. 3 Nº 1); y "El goce sin discriminación de los derechos de ciudadanía" (art. 4 Nº 3).

Siendo innegable la efectiva existencia en el interior de la sociedad chilena de sectores que reúnen el conjunto de ca-

racterísticas que lleva a darle la calidad de pueblos indígenas, y de que, por lo tanto, forman éstos naturalmente cuerpos intermedios en cuanto se distinguen, por una parte, de la persona de sus miembros y, por otra, de la sociedad civil total, se abre la alternativa de que o la dirección de la sociedad política busca imponer una serie de medidas encaminadas a lograr que los pueblos autóctonos se confundan y desaparezca su identidad o decida respetar todas las consecuencias derivadas del hecho de su realidad.

La primera opción dentro de esa alternativa parece, sin duda, injusta y contraria a muchos de los mismos valores constitucionales a que ya me he referido.

El Convenio está informado decididamente en el segundo término de la alternativa propuesta. No se infringe, en verdad, de ninguna manera el principio de la igualdad, sino que al contrario se lo proyecta en todo su ineludible alcance, si se establecen normas que configuren, dentro de los límites de la unidad nacional, un estatuto jurídico especial y sean mera consecuencia de la obligación del Estado de propender al bien común de todos sus miembros, es decir, ya de las personas individuales, ya de los grupos intermedios que tienen, como ellas, el derecho a ser reconocidos, respetados y asegurada su autonomía para la consecución de sus valores específicos.

EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD.

13.- El Convenio reitera, por otra parte, en diversos preceptos el presupuesto de que las medidas especiales del régimen de los pueblos indígenas deben guardar y fortalecer la unidad de la nación toda.

Anoto, por ejemplo, las siguientes reglas:

"Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos" (Art. 8 N° 2). "En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurran tradicionalmente para la persecución de los delitos cometidos por sus miembros" (Art. 9 N° 1). "Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados" (Art. 14 N° 3). "Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, (el de los pueblos) el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional..." (Art. 16 N° 2, segunda oración). "Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general" (Art. 20 N° 1).

NORMAS PROGRAMATICAS E IMPERATIVAS.

14.- Al examinar detenidamente cada uno de los preceptos, puede observarse que muchos de ellos están formulados en el sentido de meras aspiraciones programáticas entregadas a su realización en la medida de lo posible, en tanto que otras normas se

consagran en forma imperativa dando origen a obligaciones precisas de acción de parte del Estado y de sus órganos.

Es importante tomar en cuenta esta diversa formulación preceptiva, por cuanto las reglas que pueden considerarse incluidas en el primer grupo sólo podrían crear, a mi juicio, problemas de índole puramente políticos, derivados de las reacciones que se generen por la insatisfacción de las aspiraciones enunciadas y por las consiguientes reclamaciones dirigidas a exigir que tales reglas se traduzcan efectivamente en los cambios que deriven del cumplimiento real y efectivo de su contenido. Pueden considerarse, por ejemplo, normas de este carácter las que se contienen en el art. 25 Nº 2 y 28 Nº 1.

Entre tanto, en relación a los preceptos que de modo enfático y categórico persiguen una actuación positiva del Estado y de sus órganos, el incumplimiento de tales mandatos está llamado a provocar no sólo reacciones de índole puramente política dentro del proceso democrático, sino a generar responsabilidades jurídicas precisas, tanto en el orden interno como en el internacional. Ejemplo de esta índole parecen ser el art. 25 Nº 3 y 4, art. 26.

La distinción formulada pone de relieve la necesidad de analizar muy especialmente aquellas reglas que aparecen expresadas en términos imperativos. Si éstas no pugnan con la preceptiva constitucional y no se conformaran con la legislación actualmente vigente, provocarían tan sólo para el Estado la obligación de introducir las disposiciones legislativas pertinentes.

En tanto que una norma imperativa que se opusiera categóricamente a alguna regla de la Carta constituiría, sin duda, un obstáculo para la aprobación del Convenio. Me parece que, felizmente, ningún precepto del Convenio es incompatible con los principios constitucionales y todos ellos pueden llegar a ser

interpretados y desarrollados dentro de la letra y el espíritu de la Ley Fundamental.

PARTICIPACION Y CONSULTA.

15.- Numerosos preceptos del Convenio se dirigen a asegurar la participación de los pueblos indígenas y a que sean debida y oportunamente consultados en relación a decisiones que les afecten.

El art. 6º del Convenio trata en general de esas obligaciones y su establecimiento no parece contradictorio con la preceptiva constitucional que, en el art. 1º en su inciso final, consagra como deber del Estado "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional". Sobre la misma base disponen los artículos del Convenio 2 Nº 1, 4 Nº 2, 5 c), 16 Nº 2, 22, 27, 28 Nº 1, 33 Nº 2. Estas formas particulares de participación y consulta concuerdan cabalmente con el deber que al Estado impone el inciso 3º del art. 1º de la Carta Fundamental de reconocer y amparar a los grupos intermedios.

LA CULTURA INDIGENA.

16.- Diversas reglas del Convenio hacen referencia al deber del Estado de considerar la idiosincrasia, las costumbres y en general la cultura de los pueblos indígenas y respetar éstas en las decisiones de los órganos estatales.

Se establece, en efecto, por ejemplo, que "al aplicar la legislación nacional a los pueblos deberá tomarse debidamente en consideración sus costumbres y su derecho consuetudinario" (art. 8 Nº 1); que "deberán respetarse los métodos a que los pueblos

curren tradicionalmente para la represión de los delitos" (art.

9 N° 1); que "las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos" (art. 9 N° 2). Sobre la misma base se inspiran los arts. 10 N° 1, 17 N° 1, 27 N° 1, 28 N° 3.

Cierto es que, como ya se recordó, el propio Convenio reconoce que las costumbres e instituciones propias de los pueblos indígenas, no deben ser incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (art. 8 inciso 2°).

El respeto de los pueblos indígenas lleva a la necesidad de considerar que, en principio, sus hábitos en general no pugnan con las buenas costumbres a que se refiere, en materia de cultos, el N° 6 del art. 19; ni en contra de la moral y el orden público que menciona, en su inciso 4°, el N° 15 del mismo art. 19, ni en cuanto a la libertad de trabajo que es admitida si no se opone a la moral, en el n° 16 del art. 19.

Dado el sistema jurídico nacional que, de acuerdo al art. 2° del Código Civil, no da paso al valor jurídico de la costumbre, de aprobarse el Convenio sería del caso precisar debidamente en la legislación en qué aspectos y hasta qué punto pueden los órganos competentes captar las modalidades propias de los pueblos indígenas.

Estimo que el principio básico de dar paso a la aplicación de la costumbre indígena, dentro del marco que establezca la misma ley, es constitucionalmente aceptable porque resulta una mera consecuencia del reconocimiento de los pueblos indígenas y de su carácter de grupos intermedios que deben ser amparados y protegidos por el Estado y garantizados sus fines específicos por

él.

EL PROBLEMA DE LAS TIERRAS.

17.- Como dije al comienzo de este informe, en su marco no cabe el análisis particularizado de cada uno de los preceptos y con tal criterio no me parece necesario detallar las reglas sobre contratación y condiciones de empleo, ni las de seguridad social y salud, ni de educación y medios de comunicación.

Sin embargo, el párrafo que puede crear problemas más difíciles en cuanto al cumplimiento de su contenido es el que forma la Parte II con el título "Tierras".

Los preceptos que comprende este párrafo sólo pueden aceptarse por nuestro país dentro del régimen constitucional del derecho de propiedad a que se refieren particularmente los N° 23 y 24 del art. 19 de la Constitución.

En esta materia las disposiciones del Convenio podrán llegar a concretarse con mayor facilidad en relación a las tierras que están actualmente a disposición de los pueblos indígenas o en aquellas que pertenecen al mismo Estado.

Entre tanto, si se requiriera, para hacer honor a los compromisos del Convenio, la disposición de tierras que tuvieran constituídos ya sobre ellas derechos de propiedad de personas naturales o jurídicas particulares, sólo podría llegar a disponerse de ellas mediante decisión del legislador, que autorice su expropiación por razón de utilidad pública o interés nacional y sobre la base de pagar la indemnización establecida por la misma Carta.

Esta idea se recoge, por lo demás, en el art. 16 del Convenio, que trata del traslado de los pueblos de las tierras que poseen y su reubicación.

Las decisiones de los órganos públicos que se conformen con las normas constituidas bajo el epígrafe de "Tierras" que comento, podrían conducir al legislador a imponer "las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social", exigidas por los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental (Art. 19 nº 24 inciso 2º) y siempre que tales obligaciones y limitaciones no lleguen a privar del dominio mismo, del bien sobre que recae, o de algunos de sus atributos y facultades esenciales (art. 19 nº 24 inciso 3º).

Dentro del marco constitucional, el legislador podrá consagrar modalidades especiales tocante al modo de adquirir, gozar y disponer de la propiedad (inciso 2º del nº 24 del art. 19), o precisar el concepto de "territorio", que "cubre la totalidad de hábitat", según el art. 13 inciso 2º del Convenio, o determinar el margen de facultades de utilización de tierras no exclusivamente ocupadas, a que se refiere el art. 14 del documento. Normas con esos objetivos deberían, por lo demás, propender a la conservación de un medio ambiente sano, al cual le ha dado el constituyente tanta importancia al incluirlo en la función social del dominio y al programarlo como derecho, en el art. 19 nº 8 y garantizarlo, específicamente, mediante el recurso de protección en el art. 20 de la misma Carta.

CONCLUSIONES.

18.- El análisis precedente de la inspiración general del Convenio lleva, a mi juicio, a las siguientes conclusiones:

a) El reconocimiento de la existencia en el país de pueblos indígenas no pugna con la unidad nacional ni con su sobera-

nia..

b) El establecimiento de normas especiales relativas a los pueblos indígenas armoniza con la obligación constitucional de reconocer, amparar y respetar los grupos intermedios y su autonomía para desarrollar sus propios fines específicos, con la obligación de realizar el bien común en cuanto comprende el de los diversos integrantes individuales y sociales de la sociedad política y con el postulado de la igualdad ante la ley, que envuelve, no sólo la abolición de toda discriminación arbitraria, sino que el establecimiento de reglas especiales para hacer efectiva la igualdad.

c) Los preceptos del Convenio buscan resguardar el respeto y aplicación del ordenamiento jurídico nacional.

d) El Convenio contiene normas puramente programáticas que podrán ser concretadas dentro de las posibilidades de realización y reglas imperativas que darán origen a la obligación de adoptar normas legales encaminadas a concretarlas dentro de las bases generales de la Constitución.

e) Según lo establece explícitamente el art. 34 del documento, "la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país" y, por su lado, el art. 35 precisa que "la aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales".

ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN

I N D I C E.

CONVENIO Nº 169 SOBRE PUEBLOS INDIGENAS	pg. 01
OBJETIVO ESENCIAL	pg. 01
ALCANCE DE LA LEY INTERNACIONAL	pg. 03
EXISTENCIA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS	pg. 04
LA UNIDAD INTERNA DEL ESTADO	pg. 08
LOS PUEBLOS INDIGENAS COMO GRUPOS INTERMEDIOS	pg. 10
LA POSICION DE LA IGLESIA	pg. 12
PRINCIPIO DE IGUALDAD	pg. 15
EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD	pg. 17
NORMAS PROGRAMATICAS E IMPERATIVAS	pg. 18
PARTICIPACION Y CONSULTA	pg. 20
LA CULTURA INDIGENA	pg. 20
EL PROBLEMA DE LAS TIERRAS	pg. 22
CONCLUSIONES	pg. 23

M E M O R A N D U M N° 2

Santiago, Julio 30 de 1991.

DE : SEÑOR JEFE DE GABINETE
DON ZARKO LUKSIC S.
MINISTERIO SECRETARIA GENERAL DE LA
PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

A : SEÑOR MINISTRO
DON ENRIQUE CORREA R.
MINISTERIO SECRETARIA GENERAL DE GOBIERNO

MAT. : PROYECTO DE LEY SOBRE PUEBLOS INDIGENAS

Remito a Ud., el informe Jurídico relativo a la
normativa Constitucional necesaria para regular la
situación Jurídico general de los pueblos Indígenas.

El documento adjunto ha sido elaborado por el profesor
de Derecho Constitucional Don Enrique Evans De La C.

Saluda atentamente a Ud.,



ZARKO LUKSIC SANDOVAL
Jefe de Gabinete
Ministerio Secretaría General de la
Presidencia de la República

ZLS\aaam.

cc. Sr. José Bengoa C.

cc. Sr. José Aylwin A.

ENRIQUE EVANS DE LA C.
JAIME CARMONA SOUPER
CARLOS PAUL LAMAS
EDUARDO TRUCCO BURROWS
ENRIQUE EVANS ESPIÑEIRA

ESTUDIO JURIDICO
E. EVANS Y COMPAÑIA
HUERFANOS 757 + OF. 312
TELEFONOS 331118-339864
339865 (FAX) - TELEX 249501 D-CL
SANTIAGO DE CHILE

BELTRAN SAEZ MARTINEZ DE M.
EDUARDO EVANS ESPIÑEIRA
FERNANDO FRIAS LARRAIN
EUGENIO EVANS ESPIÑEIRA
OSCAR SPÖRER VARELA

MEMORANDUM

A : Don ZARKO LUKSIC. Secretaria General de la
Presidencia
DE : Enrique Evans de la Cuadra
MATERIA: Proyecto sobre Pueblos Indígenas
FECHA : Santiago, 25 de Julio de 1991

- I Este memorandum se refiere específicamente a la normativa constitucional necesaria para regular la situación jurídica general de los pueblos indígenas que viven en el territorio de Chile y a algunos de los preceptos contenidos en el Proyecto de Ley que se me ha enviado.
- II Como consideración preliminar, reservada, creo del caso anotar que una preceptiva institucional sobre esta materia debe ser extremadamente cautelosa, para evitar que ella abra perspectivas de aprovechamiento, por terceros, de situaciones en que estén o puedan estar involucradas o interesados pueblos indígenas.
- III Pienso que sería conveniente eliminar de un eventual texto constitucional la expresión "pueblos indígenas" ya que la palabra pueblo tiene diversas acepciones tanto en Ciencias Políticas como en el uso corriente. Concretamente, la Constitución de 1980 emplea "pueblo" en el artículo 5o como titular del ejercicio de la Soberanía Nacional y en teoría política, acentuando más esta connotación, se acepta que en el pueblo radica la soberanía y no sólo su ejercicio.

Por estas consideraciones he optado por utilizar la expresión "comunidades indígenas" en el proyecto de reforma constitucional que propongo, pensando que, de ser aceptada, debería usarse también en el proyecto de ley.

IV El proyecto de Reforma a la Constitución sería el siguiente:

- a) Agrégase como inciso final del artículo 10. el siguiente: "El Estado velará por la adecuada protección jurídica y por el desarrollo de las comunidades indígenas nacionales"
- b) Agrégase como inciso final del No.22 del artículo 19, el siguiente: "La ley podrá, también, establecer beneficios o franquicias determinados en favor de comunidades indígenas".
- c) Agrégase como nuevo número al artículo 62, el siguiente: 7o: "Establecer sistemas de protección jurídica y beneficios o franquicias que procuren el desarrollo económico- social y cultural de comunidades indígenas".

V Compartiendo la idea de que el precepto sobre comunidades indígenas debe ir en el artículo 10, pienso que allí no pueden existir referencias a "leyes" u otros mecanismos institucionales. El artículo 10 es esencialmente dogmático, doctrinario, y no debe contener elementos de procedimientos constitucional. En mi concepto, ese precepto constitucional es la principal fuente para interpretar la Constitución y debe mantener su carácter ideológico.

VI La modificación del No. 22 del artículo 19 tiene por objeto establecer, con claridad, que la protección excepcional que la ley pueda brindar a comunidades indígenas en cualquier ámbito de significación económica, está expresamente autorizada por la Constitución y no podrá, por tanto, ser objetada por discriminatoria.

VII La modificación al artículo 62 implica que las leyes especiales sobre comunidades indígenas serán de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Ello, aparte de evitar controversias acerca de la procedencia de algunas iniciativas legislativas, acentúa la presencia del Fisco en variados ámbitos de la protección del desarrollo de las comunidades indígenas.

VIII No creo necesario modificar la preceptiva sobre Derecho de Propiedad luego de examinar el proyecto de ley. Pienso que el No. 24 de la Constitución, en su inciso 2o., es suficiente cuando señala que "sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ello y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social". Pienso que algunas limitaciones o restricciones que pueda considerar la ley, estarían justificadas en razón de los intereses generales de la nación, máxime si en el agregado al artículo 1o. se habla expresamente de las comunidades indígenas nacionales.

ENRIQUE EVANS DE LA C.
JAIME CARMONA SOUPER
CARLOS PAUL LAMAS
EDUARDO TRUCCO BURROWS
ENRIQUE EVANS ESPIÑEIRA

ESTUDIO JURIDICO
E. EVANS Y COMPAÑIA

HUERTANOS 257 - OF. 312
TELEFONOS 331118 - 339864
339865 (FAX) - TELEX 240501 B-CL
SANTIAGO DE CHILE

BELTRAN SAEZ MARTINEZ DE M.
EDUARDO EVANS ESPIÑEIRA
FERNANDO FRIAS LARRAIN
EUGENIO EVANS ESPIÑEIRA
OSCAR SPOERER VARILLA

IX Finalmente, y a titulo de mera observación, creo que los articulos 1o y 2o. del proyecto de ley deberían refundirse en uno sólo, más preceptivo y menos declarativo.

Saluda atentamente a usted.



Enrique Evans de la Cuadra

/apg