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 Nºs 5.324-07 y 5.522-07, refundidos.

HONORABLE SENADO:

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento informa acerca del proyecto que refunde una moción de de los Honorables Senadores señores Alberto Espina Otero, Andrés Allamand Zavala, Carlos Cantero Ojeda, José García Ruminot y Sergio Romero Pizarro, presentada a tramitación el 6 de septiembre de 2007, con un mensaje de la señora Presidenta de la República, ingresado al Senado el 23 de noviembre del mismo año.

Se hace presente que, de conformidad con lo prescrito por el inciso segundo del artículo 127 de la Constitución Política de la República, el artículo único del proyecto requiere el voto conforme de dos terceras partes de los Senadores en ejercicio para ser aprobado, porque modifica preceptos de los Capítulos I y III de la Ley Fundamental.

Se deja constancia que el Ejecutivo ha declarado la urgencia, calificada de suma, para la discusión y despacho del proyecto, a contar del día 20 de enero de 2009.

Asimismo, se deja testimonio de que la Comisión, no obstante tratarse de un proyecto de artículo único, lo discutió sólo en general, porque el precepto en cuestión contiene enmiendas a distintos capítulos y materias de la Constitución Política de la República.

A las sesiones en que estudiamos este asunto asistieron, además de los integrantes de la Comisión, los Honorables Senadores señora Evelyn Matthei Fornet y señores Carlos Bianchi Chelech, José García Ruminot, Juan Pablo Letelier Morel, Ricardo Núñez Muñoz, Mariano Ruiz-Esquide Jara, Hosain Sabag Castillo y Guillermo Vásquez Úbeda.

Concurrieron también, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia: El Ministro, señor José Antonio Viera-Gallo; el Subsecretario, señor Edgardo Riveros; la abogada del Departamento Jurídico Legislativo, señora Verónica García de Cortázar, y el asesor del Ministro, señor Marco Antonio Opazo. Del Ministerio de Planificación y

Cooperación: las Ministras, señora Paula Quintana y Clarisa Hardy; el Subsecretario, señor Eduardo Abedrapo; el Jefe de la División Regional, señor Álvaro Marifil; las Jefas de la División Jurídica, señoras Andrea Soto y Andrea Muñoz; los abogados de la División Jurídica, señora Jessica Fuentes y señor José Muñoz; el Jefe de Gabinete del Subsecretario, señor Jorge Cano; el asesor de la Ministra, señor Jorge Millaquén; la asesora de la Subsecretaría, señora María Eugenia Mella; los asesores señores Álvaro Durán y Jorge Milaque, y las asesoras comunicacionales señoras Marisel Contreras y Paz Aros. De la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI): los Directores, señores Wilson Reyes y Álvaro Marifil; el Director Regional de Magallanes, señor Nelson Aguilera; los Consejeros señores Adolfo Arrieta, José Ignacio Llancapán, José Santos Millao, Claudio Trabamil, Rafael Tuki y Víctor Cayupi; el secretario, señor José Caniumil; las encargadas de comunicaciones, señoras Miriam Ríos y Minzar Ruiz; el Coordinador de Programas, señor Mario González, y de la Fiscalía, el señor Mario García. Del Ministerio de Justicia, el abogado señor Rodrigo García. De la Dirección Nacional de la Dirección General de Aguas: el Fiscal, señor Fernando Valdés. El Profesor de la Universidad Arturo Prat y ex Secretario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, señor Jorge Tapia; el Investigador Asociado del Centro de Políticas Públicas de la Universidad del Desarrollo, señor Sebastián Donoso; el abogado señor Juan Pablo Schaeffer; los señores Eugenio Alcamán y Claudio Tranamil, del departamento de Asuntos Indígenas del Partido Socialista; la señora María Hueichaqueo y los señores Víctor Hugo Painemán y José Painemilla, del Partido Demócrata Cristiano; los señores Alfredo Chipana y Rodrigo Paillalef, del Partido por la Democracia; los señores Ismael Aillapán, Manuel Hernández, Luis Ojeda Taucaré e Iván Rodríguez, encargados de asuntos indígenas en el Partido Comunista de Chile; el señor Fernando Lira, del Partido Humanista. De la Biblioteca del Congreso Nacional: el asesor señor Rodrigo Bermúdez, y las Analistas señoras Irina Aguayo, Paula Baeza, Francisca Greene, María Pilar Lampert y Alejandra Voigt o Boyt. El señor Marcelo Drago, asesor de la Senadora señora Soledad Alvear; el señor Marcelo Rojas, asesor del Senador señor Juan Pablo Letelier; los señores Sergio Soto y Rodrigo Delaveau, del Instituto Libertad y Desarrollo, y el señor Rodrigo Yáñez, del Instituto Libertad.

Fueron recibidas y escuchadas por la Comisión, en cumplimiento de la obligación de consulta establecida en el Artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, las siguientes personas, en representación de las asociaciones y entidades que en cada caso se indica: señor Adán Carimán y señor Juan Jara, Presidente y dirigente de la Etnia Mapuche-Moluche, respectivamente; señora María Elena Curihuinca y señores Agustín Paillacán y Osvaldo Tripailaf, miembros del Parlamento Mapuche; señor Amado Painén, Concejal de la comuna Teodoro Schmidt; señora Amelia Mamani, integrante de la Agrupación Quechua Sumaj-Llajta; señor Andrés Millanao, Presidente del Consejo de Pastores de la Araucanía; señor Angelino Huanca, Presidente de la Comisión de la Lengua Aymara; señor Aucán Huilcamán; miembro del Consejo de todas las Tierras; señora Blanca Camufi, docente de la Escuela F-465, de Padre Las Casas; señoras Cecilia Mendoza y Oriana

Mora y señor Julio Ramos, de la Comunidad Atacameña Lickanantay; señora María Eugenia Merino y señor Daniel Quilaqueo, de la Universidad Católica de Temuco; señor Dionisio Prado Huaiquil, Presidente de la Unión Comunal de Comunidades Mapuches de Collipulli; señor Domingo Marileo, Unen Lonko de la Asamblea Nacional Mapuche de Izquierda; señores Edmundo Antipan y Domingo Raín Anguita, dirigentes de Identidad Territorial Lafkenche; señor Francisco Vera Millaquén, miembro del Comité Político de Identidad Territorial Lafkenche y señora Myriam Yepi, integrante de dicha agrupación; señor Edie Zegarra y señora Rosa Maita, Consejeros del Consejo Nacional Aymara Mallkus y T"allas de las comunas de Putre y General Lagos, respectivamente; señor Emilio Cayuqueo, Director del Colegio Amul Kewün, de Nueva Imperial; señora Erika Cruz, Asesora Intercultural de la Municipalidad de Padre Las Casas; señor Francisco Rivera, Dirigente de la Comunidad Indígena del Poblado de Codpa, Arica; señor Gustavo Quilaqueo, de la etnia Wallmapuwen; señoras Nelly Hueichán e Isolde Reuque, Coordinadora y dirigente de la Asociación de Mujeres Mapuches Urbanas, respectivamente; señor Jaime Catriel, Concejal de Padre Las Casas; señor José Ignacio Llancapán, miembro del Consejo Indígena Urbano; señor José Lincoñir, Concejal de Freire; señores Juan Carlos y José Tonko, Presidente y miembro de la Comunidad Kawashkar de Puerto Edén, respectivamentge; señor Juan Carlos Guarachi, Presidente de la Corporación Cultural Aymara J’acha Marka Aru; señor Julián Mamani, Presidente de la Unión Comunal de la Comuna de Putre; señores Luis Ojeda y Luis Jiménez, Vicepresidente y miembro de la Asociación Aymara Marka, respectivamente; señora Magdalena Choque, Presidenta de la Comisión Aymara de Medio Ambiente (CADMA) de las provincias de Arica y Parinacota y Encargada de la Oficina de Asuntos Indígenas de la Municipalidad de Putre; señora Marcela Gómez, Presidenta de la Comunidad Indígena de Umirpa, Arica; señora Margarita Cayupil, integrante de la Asociación Indígena Ñizol Mapu; señora María Carolina Arum, Directora de la Asociación Tripay Antü; señor Patricio Chiguay, integrante del pueblo Yagán; señor Rogelio Nahuel, miembro del Equipo de Coordinación Liwen ñi Mapu; señora Rosa Morales, integrante de la Asociación de Mujeres Indígenas Urbanas; señora Rosa Oyarzún, Alcaldesa de Padre Las Casas; señor Sergio Liempi, Director de la Radio Comunitaria Pelom, de Padre Las Casas; señora Verónica Soto, del Movimiento Ecológico Ciclo Árbol Vida; Víctor Toledo Llancaqueo, Académico del Centro de Políticas Públicas y Pueblos Indígenas de la Universidad Arcis, y señor Wilson Galleguillos, Presidente del Consejo de Pueblos Atacameños.

Se invitó en varias oportunidades a representantes del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, quienes excusaron su inasistencia pero enviaron un documento que se agrega a este informe de la misma manera que los demás recibidos durante el estudio de este asunto.

- - - - - - - -

OBJETIVOS FUNDAMENTALES Y ESTRUCTURA DEL PROYECTO

La iniciativa de ley de reforma constitucional que propone la Comisión tiene por objetivos otorgar reconocimiento constitucional a la existencia de pueblos indígenas en Chile, como demostración de respeto e interés de la nación chilena por sus tradiciones y su cultura, manteniendo la unidad de la nación; eliminar como factor de discriminación las consideraciones raciales o étnicas, y encomendar a la ley el desarrollo de lo que concierne a la protección de sus tierras y derechos de agua.

El proyecto está conformado por un artículo permanente, que introduce enmiendas en los artículos 4°, 5°, y 19 N^{os} 2° y 24° de la Constitución Política de la República.

- - - - - - -

ANTECEDENTES DE DERECHO

El proyecto en informe se vincula con los siguientes cuerpos normativos:

- De la Constitución Política de la República, los artículos 4° y 5°, del Capítulo I, Bases de la Institucionalidad, y los números 2° y 24° del artículo 19, del Capítulo III, De los Derechos y Deberes Constitucionales.
- Ley N° 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y que crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.
- Decreto N° 392, del Ministerio de Planificación y Cooperación, de 1994, Reglamento que regula la Acreditación de Calidad de Indígena, para la constitución de Comunidades Indígenas y para la Protección del Patrimonio Histórico de las Culturas Indígenas.
- Ley N° 20.249, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios.
- Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, promulgado en Chile mediante el decreto N° 236, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 2008.

- - - - - - -

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La ley indígena

El artículo 1° de la ley N° 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y que crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, expresa que 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.

Reconoce como principales etnias indígenas de Chile las siguientes: Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, 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 precepto en comento declara que 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, y determina que 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.

La moción

El 6 de septiembre de 2007, los Honorables Senadores señores Andrés Allamand Zavala, Carlos Cantero Ojeda, Alberto Espina Otero, José García Ruminot y Sergio Romero Pizarro, presentaron una moción con que iniciaron un proyecto de reforma constitucional que reconoce el aporte de los pueblos originarios a la conformación de la nación chilena. Manifiestan los autores que con ello se da una muestra de respeto e interés de la nación chilena por las tradiciones y cultura de los habitantes originarios de Chile y se confirma la proscripción de toda discriminación basada en consideraciones raciales o étnicas.

El texto propuesto se estructura sobre la base de dos artículos, uno que modifica el artículo 4° de la Carta Fundamental y otro que incide en el artículo 19.

El primer artículo inserta un nuevo inciso en el artículo 4°, que es el que consigna que Chile es una república democrática. La disposición que se agrega declara que la Nación chilena es una e indivisible, reconoce y valora la contribución de los pueblos indígenas originarios, a los que define como grupos culturales anteriores a la organización del Estado y a la conformación del pueblo chileno, y dispone que es deber del Estado respetar la identidad, cultura y tradiciones de sus raíces ancestrales.

El segundo artículo complementa el último párrafo del número 2° del artículo 19, que prescribe que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, con una oración que determina que, entre otras, no se podrán establecer desigualdades que se funden en el origen étnico o racial de las personas.

El mensaje

El 23 de noviembre de 2007 la señora Presidenta de la República presentó a tramitación en el Senado un proyecto de reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional a la existencia de pueblos indígenas en Chile, manteniendo la unidad de la nación, y encomienda a la ley lo que concierne a la protección de sus tierras y derechos de agua.

Esta iniciativa está planteada como un artículo único, que, en dos numerales, enmienda los artículos 3° y 19 número 24° de la Constitución Política de la República.

El artículo 3° declara que el Estado de Chile es unitario y establece algunas bases para la administración del mismo, la regionalización del país y el desarrollo de sus unidades territoriales. El proyecto le agrega dos incisos nuevos, que declaran que la nación chilena es multicultural y que 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.

En el artículo 19, número 24°, sobre garantía del derecho de propiedad, se intercala un nuevo inciso décimo, que estipula que la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas.

Cabe hacer presente que el texto que propone este mensaje es idéntico al que el Ejecutivo había presentado a la Cámara de Diputados, el 30 de octubre de 2007, retirado en noviembre del mismo año. A este proyecto le correspondió el Boletín N° 5.427-07.

El proyecto de la Cámara de Diputados

El 10 de enero de 2006 los Diputados señora Laura Soto González y señores Gabriel Ascencio Mansilla, Eduardo Díaz Del Río, Fernando Meza Moncada, Eduardo Saffirio Suárez, Eugenio Tuma Zedan y el ex Diputado señor Alejandro Navarro Brain, presentaron una moción de reforma constitucional que otorga reconocimiento a los pueblos indígenas.

En su formulación original, este proyecto, también de artículo único, modificaba el artículo 1° de la Constitución Política de la República, agregándole dos nuevos incisos. Uno que declara que la Nación chilena es una e indivisible, y otro que prescribía que la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que forman parte de la Nación chilena.

Sin embargo, esta última norma no resultó aprobada en la Cámara de origen, porque no alcanzó el quórum

constitucional en la sala. En efecto, concitó 75 preferencias, en circunstancias que se requerían 77 votos afirmativos. De modo que al segundo trámite sólo pasó la frase que declara la Nación chilena como una e indivisible.

Otro proyecto sobre la materia

Finalmente, es del caso mencionar que el 6 de julio de 1999 los diputados y ex Diputados señores Francisco Huenchumilla Jaramillo, Sergio Elgueta Barrientos, René Manuel García García, Eugenio Tuma Zedan, Francisco Javier Hernández Hernández, Sergio Ojeda Uribe, Zarko Luksic Sandoval, Juan Bustos Ramírez, Guillermo Ceroni Fuentes y Juan Pablo Letelier Morel, presentaron una moción que propone un proyecto de reforma constitucional que reconoce la existencia de los pueblos indígenas y les otorga participación política en un parlamento indígena, en la administración comunal y en los gobiernos regionales, Boletín Nº 2.360-07, la que no tuvo tramitación.

El Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo

Fue promulgado en Chile por decreto N° 236, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 2008 y entrará en vigencia el 15 de septiembre de 2009.

Según consta en el informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado[1], de fecha 9 de enero de 2008, el Convenio tiene dos finalidades principales: por una parte, establece un marco legal de protección en beneficio de los pueblos tribales e indígenas en países independientes y, por otra, fija normas especiales aplicables a las etnias en diversas áreas, tales como, laboral, educacional, salud y de procedimiento judicial, entre otras. En todo caso, tales preceptos no podrán contravenir la legislación nacional ni el régimen de garantías constitucionales.

Las sentencias del Tribunal Constitucional

EL Tribunal Constitucional se ha pronunciado dos veces acerca del Convenio N° 169 de la OIT.

La primera ocasión se dio cuando un grupo de Diputados lo requirieron para que declarara la inconstitucionalidad del Convenio, por diversas razones de fondo y de forma. El Tribunal se pronunció mediante sentencia dictada con fecha 4 de agosto de 2000, en los autos rol 309.

En lo que interesa al proyecto en informe, conviene traer a colación el considerando 44° de ese fallo, que afirma que el Tribunal llega “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

[1] Boletín N° 233-10.

de potestades publicas 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 los individuos y el Estado".

Esta precisión era necesaria, pues hay preceptos de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1996, que admiten que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, en virtud del cual establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural, fines para cuyo logro pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales[2].

La segunda oportunidad en que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el Convenio N° 169 fue en ejercicio del control de constitucionalidad, una vez concluida la tramitación del proyecto de acuerdo respectivo en el Congreso Nacional, causa rol N° 1050-08.

Allí, además de declarar constitucionales las normas controladas, dejó sentada la doctrina de que la regla sobre consultas a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, envuelve una modificación al artículo 22 de la ley N° 18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional. En efecto, afirma el Tribunal, la participación facultativa bajo la forma de consultas que la citada norma legal consagra como una atribución de las comisiones legislativas, ha pasado a ser obligatoria, si bien no vinculante, porque esto último implicaría transferencia de una potestad pública no jurisdiccional.

La sentencia del Tribunal Constitucional da cuenta de la existencia de una nueva norma, que ha pasado a formar parte de las que regulan la tramitación interna de la ley en ambas Cámaras legislativas.

ANTECEDENTES DOCUMENTALES REUNIDOS

La Biblioteca del Congreso Nacional preparó, a solicitud de la Comisión, informes sobre las siguientes materias:

1. Concepto y Alcances de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Ordenamiento Jurídico Chileno, a la luz del Convenio N° 169 de la OIT.
2. Derechos colectivos y canales de representación indígena en el Convenio N° 169 de la OIT y en el ordenamiento jurídico nacional.
3. Legislación comparada de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México, relativa a las siguientes materias: reconocimiento,

[2] Artículo 1 de ambas convenciones.

identidad, lenguas, costumbres, tradiciones e instituciones, derechos a la tierra y las aguas, participación en las decisiones que los afectan y recursos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

4. Recopilación sobre legislación y política indígena en Canadá y Finlandia.
5. Población Indígena en la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN) 2006.

El Ministerio Secretaría General de la Presidencia proporcionó dos documentos:

1. “Modelos de Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en el Derecho Comparado”, de los consultores señores Gonzalo Aguilar y Sandra Lafosse, investigación patrocinada por ese Ministerio y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo o(PNUD), y
2. “El Reconocimiento de los Pueblos Indígenas”, del autor señor Domingo Sánchez.

El Ministerio de Planificación Nacional elaboró un documento titulado “Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en el derecho comparado”, que aporta datos de Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Ecuador, Estados Unidos de América, Guatemala, México, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

El Director Nacional de CONADI, también a petición de la Comisión, emitió un informe sobre el contenido y alcance del vocablo “pueblo”, en relación con la reforma constitucional en estudio.

A través de la Oficina de Informaciones del Senado se obtuvo los antecedentes que obran en poder de la Subsecretaría de Planificación, sobre caracterización socioeconómica de la población mapuche.

La Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas, acogiendo una solicitud de la Comisión en tal sentido, emitió un informe en derecho relativo a si las normas de la ley N° 19.253 modificaron el régimen legal de aguas establecido por el Código del ramo y las disposiciones pertinentes del Código Civil, entre otras materias, en lo tocante a la calidad de bien nacional de uso público de las aguas y a su forma de utilización por los particulares. Además, proporcionó una Minuta acerca del sentido y alcance de la protección de las tierras y aguas de personas y comunidades indígenas incluida en la reforma constitucional en estudio.

Se incorporan como anexos de este informe, en ejemplar único, todos los documentos anteriores, así como la transcripción de las intervenciones de las personas que concurrieron a la Comisión y los documentos con apreciaciones sobre los proyectos en informe que otras hicieron llegar, copia de los cuales quedan a

disposición en la Secretaría de la Comisión, hasta el término de la tramitación del proyecto.

- - - - - - - -

DISCUSIÓN EN GENERAL Y APROBACIÓN

Como elemento previo a la discusión sobre el fondo del proyecto, el Honorable Senador señor Espina protestó por lo que calificó como una práctica legislativa inadecuada, que se hace progresivamente más iterativa. En efecto, dijo Su Señoría, es frecuente que, como en este caso, ante una iniciativa parlamentaria el Ejecutivo reaccione presentando en la otra Cámara un mensaje de contenido similar, o sobre la misma materia, en lugar de plantear sus propuestas como indicaciones a la moción preexistente, la que se este modo resulta neutralizada.

La Ministra de MIDEPLAN, señora Clarisa Hardy, explicó que la intención del Gobierno al presentar su proyecto no ha sido otra que cumplir el compromiso contraído por la Presidenta de la República a raíz de la consulta indígena que se hizo en 2006, y no debe ser interpretada como una respuesta o reacción a los proyectos de iniciativa parlamentaria.

El debate en la Comisión discurrió principalmente en torno a los siguientes temas:

1. Definición de la Nación chilena como una, indivisible y multicultural.
2. Reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas que habitan el territorio de Chile.
3. Reconocimiento de los derechos a la conservación, fortalecimiento, desarrollo, protección y promoción de su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones.
4. Reconocimiento del derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural, en las formas establecidas en el orden jurídico chileno.
5. Deber del Estado de otorgar protección a las tierras y aguas de propiedad indígena.
6. Explicitación de que Chile es una república democrática.
7. Especificación de que la garantía de igualdad ante la ley excluye cualquier distinción basada en el origen étnico o racial de las personas.

Los aspectos que presentaron mayor dificultad en la construcción del acuerdo fueron el contenido de la expresión “pueblos indígenas”, las modalidades del ejercicio de los derechos y el alcance de la protección de las tierras y las aguas. Ello fue motivo para que quienes concurrieron al acuerdo aprobatorio del proyecto manifestaran algunas reservas, que materializarán por la vía de las indicaciones, en el trámite reglamentario de segundo informe.

Los pueblos indígenas

La Ministra señora Hardy anotó que entre el texto del mensaje y el de la moción existe un par de diferencias sustantivas. La primera, es que esta última contiene una definición de pueblos indígenas, basada en la identidad cultural, que no es la de la ley N° 19.253, ni la del Convenio N° 169 de la OIT, ni la que acuñó el Tribunal Constitucional en sus fallos. La segunda, es que la moción reconoce y valora la contribución de los pueblos originarios a la organización del Estado y a la conformación del pueblo chileno, en tanto que el mensaje reconoce derechos, lo que supone la correspondiente obligación del Estado para que se hagan efectivos, y eleva a rango constitucional algunas definiciones contenidas en la Ley Indígena. Sin embargo, considerando que entre las dos iniciativas existen puntos de contacto, llamó a buscar fórmulas para aproximarlas y hacerlas confluir en un texto común.

El Honorable Senador señor Espina argumentó que la moción de la que es coautor no está imbuida de un ánimo proteccionista, sino que contiene un reconocimiento de derechos. Además, comprende concretamente la posibilidad de recurrir de protección contra toda discriminación basada en el origen étnico o racial de las personas, por arbitraria. Ella persigue hacer un gesto que reconozca la dignidad de los pueblos originarios, mediante disposiciones que aluden a temas que para ellos son relevantes.

El Honorable Senador señor Larraín expresó que le parece enteramente razonable, conveniente y necesario reconocer a los pueblos indígenas como un elemento constitutivo cultural esencial de nuestro país, así como preservar la autonomía que les garantice la preservación de su identidad. Lo que le parece peligroso, en cambio, es que se pueda dar a la expresión “pueblos indígenas” un significado que erosione el esfuerzo de construir una identidad nacional que abarque a todos sus componentes, con los mismos derechos y las mismas obligaciones. A su juicio, es claro que la condición de pobreza y marginalidad de muchas comunidades indígenas tiene por causa principal la ausencia de políticas agraria y educacional adecuadas. Entiende Su Señoría que el Convenio N° 169 de la OIT establece que el empleo del término “pueblos” no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferírsele en el derecho internacional, pero hay que tener presente que ya se han levantado voces en el sentido opuesto a tan clara afirmación.

El Honorable Senador señor Espina recalcó que la disposición que señala que la Nación chilena es una e indivisible despeja toda duda y suspicacia, en el sentido de que tanto el Convenio N° 169 como esta reforma constitucional no dejan margen para intentar dividir al Estado o a la Nación o para crear gobiernos paralelos o alternativos. El tema de la autodeterminación no está envuelto. Añadió que le parece legítimo sostener que los pueblos originarios, como en otros países multiculturales, puedan tener representación parlamentaria propia.

La Ministra señora Hardy hizo presente que la frase que prohíbe establecer diferencias arbitrarias fundadas en el origen étnico o racial de las personas puede tener dos lecturas, y que una de ellas puede permitir invocarla contra iniciativas de discriminación positiva basadas en las condiciones específicas de los pueblos originarios, lo que no resulta justificable ni es lo que el Ejecutivo pretende.

El Ministro señor Viera-Gallo destacó que el concepto de pueblo se ha tomado de la definición de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la Cultura (UNESCO), que entiende por tal una comunidad que comparte un tradición histórica común, una identidad racial o étnica, homogeneidad cultural, unidad lingüística y afinidad religiosa o ideológica, una cierta conexión territorial y una vida en común.

Al aludir a la diversidad cultural, manifestó el señor Ministro, también se ha partido de la base de la definición incluida en la Declaración sobre Diversidad Cultural de la UNESCO, del año 2001, que por cultura entiende un conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

El Honorable Senador señor Gómez manifestó que hay una evidente diferencia entre reconocer la existencia de los pueblos indígenas y reconocer, proteger y promover los derechos de los pueblos indígenas que integran la nación chilena.

A este respecto, el Ministro señor Viera-Gallo aclaró que no sería explicable que el reconocimiento constitucional comprendiera menos que lo que dicen la ley N° 19.253 y el Convenio N° 169 de la OIT. Este último dio un paso más adelante que la Ley Indígena, que se dictó antes de zanjar la polémica suscitada en torno al sentido y alcance de la expresión “pueblos indígenas”, en el sentido de explicitar que tal concepto no confiere a sus integrantes el derecho a la autodeterminación política. Como dicho inconveniente ya fue allanado, cabe cuidar que la elevación a rango constitucional de algunas normas legales guarde la debida correspondencia y armonía con las del Convenio.

La Ministra de Planificación, señora Paula Quintana, manifestó que Chile es uno de los pocos países que no ha reconocido constitucionalmente a sus pueblos indígenas y, sin embargo, ya aprobó el Convenio N° 169 de la OIT. Coincidió en que el reconocimiento es simbólico, pero subrayó que instalarlo en la Carta Fundamental viene a saldar una deuda de nuestro ordenamiento jurídico con los pueblos originarios y sus culturas, que integran nuestra identidad nacional tanto como cualquier otro de los grupos incorporados a la Nación desde la formación del Estado.

El Honorable Senador señor Ruiz-Esquide hizo constar que su experiencia como representante de una región en que habitan numerosos indígenas le lleva a la conclusión de que muchos de ellos no están imbuidos del sentimiento de ser chilenos o argentinos, sino que se consideran originarios, esto es, pobladores y dueños del territorio antes que llegaran los colonizadores. Y no culpan a los españoles del despojo de sus tierras, sino concretamente al Estado de Chile. Esta característica, recalcó, los diferencia de todos los demás grupos y colonias que se han ido incorporando al Estado y a la Nación chilenos a lo largo de nuestra historia. Además, ellos no tiene el concepto de tierra como recurso de producción, sino el de la “pachamama”, en el sentido que dan a este término aymaras y quechuas, o sea, una entidad creadora y protectora, que cobija a los hombres, posibilita la vida y favorece la fecundidad y la fertilidad. En esta concepción, el agua resulta consustancial a la tierra.

Los derechos de los pueblos indígenas

El derecho internacional y el derecho comparado reconocen a los indígenas la facultad de preservar y fortalecer la identidad cultural y tradiciones; las lenguas, la educación intercultural o bilingüe; el derecho a organizarse en comunidad conforme a sus tradiciones, en instituciones con una adecuada autonomía para el cumplimiento de sus fines propios como cuerpos intermedios; a resolver conflictos internos conforme a sus costumbres, sin contravenir, por cierto, la Constitución y las leyes; a participar libremente en los asuntos públicos que les conciernan directamente, lo que implica que deben ser escuchados, y a participar en la vida política, social, económica y cultural. Es deber del Estado velar por el desarrollo de los pueblos indígenas y asegurar la adecuada protección de las tierras y las aguas de propiedad indígena. La mayor parte de estas disposiciones ya están en la Ley Indígena y el proyecto las eleva a rango constitucional.

El Honorable Senador señor Espina manifestó que la dificultad en esta materia está dada porque la definición de quien representa a los pueblos originarios siempre ha sido conflictiva y muchos grupos y entidades se la atribuyen, porque no existe una organización única o central de la que pueda decirse que representa, por ejemplo, al pueblo mapuche. Por lo mismo, estimó preferible aludir a las personas, las comunidades y los pueblos, porque ellos son sujetos que pueden ejercer derechos y están reconocidos como tales en la Ley Indígena.

El Honorable Senador señor Chadwick aclaró que gran parte del texto que se discute es de carácter simbólico, porque ya está cubierto por la Constitución y la legislación. Advirtió sobre la inconveniencia de utilizar la Constitución para dar satisfacción a determinados grupos, por legítimas que sean sus reivindicaciones, porque se termina debilitándola. En esta perspectiva, dijo Su Señoría, aparte de la oración que enuncia las características de la Nación chilena, en rigor todo lo demás es superfluo. Es obvio que todo grupo tiene derecho a organizar la vida en comunidad según sus costumbres, sin contravenir la Constitución y las leyes. El derecho de propiedad está

absolutamente garantizado en Chile y jamás alguien ha pensado que la protección está determinada por la raza u origen de las personas.

En lo tocante a reconocer constitucionalmente la posibilidad de que los pueblos indígenas resuelvan sus conflictos internos según su costumbre, el Honorable Senador señor Letelier puntualizó que no se advierte ninguna amenaza a la potestad jurisdiccional del Estado, desde que ello debe hacerse con apego a la Constitución y a la ley. Recalcó que toda comunidad o asociación resuelve permanente conflictos entre sus miembros, de acuerdo con sus estatutos y costumbres, lo que a nadie sorprende. Agregó que reiterar en la Ley Fundamental algunos conceptos se justifica por las finalidades políticas y sociológicas que también inspiran a los proyectos en discusión.

El Ministro señor Viera-Gallo expresó que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas que hace el Convenio N° 169 de la OIT se predica tanto del grupo como de cada persona individualmente considerada que lo conforma. En ningún caso el colectivo puede ser considerado como un sujeto o ente autónomo capaz, entre el individuo y el Estado, al cual se le atribuyan potestades públicas o quede sometido a un ordenamiento jurídico distinto al que rige en el Estado.

En doctrina los derechos colectivos no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad con identidad social pero sin personalidad jurídica. Estos derechos se ejercen, tal como reza la última redacción propuesta por el Ejecutivo, a través de las comunidades, de las organizaciones y de los individuos. El proyecto no niega ni rechaza los derechos colectivos, los recoge, aclarando quienes son los titulares que pueden ejercerlos.

Citó el señor Ministro una sentencia de la Corte Suprema[3] sobre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, del número 8° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que declaró que ese derecho constitucionalmente garantizado es, a la vez, un derecho subjetivo público y un derecho colectivo público. Es un derecho subjetivo porque cada una de las personas tiene derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pero es tan bien un derecho colectivo público …"porque está destinado a proteger y amparar derechos sociales de tipo colectivo cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, y ello es así porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse y limitarse el medio ambiente y los recursos naturales se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no solo de las actuales generaciones sino también de las futuras. En este sentido su resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en

[3] Considerando 14 de la sentencia dictada el 19 de marzo de 1997, en recurso de protección interpuesto por don Antonio Horvath Kiss y otros contra la Comisión Nacional del Medio Ambiente. En Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV (1997), N° 1 (Enero-Abril), Sección 5.

una misma situación de hecho y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, tal vez no les causa un daño significativo o al menos apreciable a cada uno de sus integrantes en la esfera individual.".

Se dejó constancia de que la frase según la cual el reconocimiento de los derechos que hará la Constitución queda supeditado al orden jurídico nacional comprende también los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país y que están, por lo tanto, vigentes en Chile.

Protección de las tierras y las aguas

En todos los estatutos constitucionales de reconocimiento de pueblos indígenas se hace mención de los elementos tierra, territorios y recursos naturales, especialmente el agua.

El Título II de la Ley Indígena les otorga reconocimiento y protección, disposiciones que el proyecto en informe eleva a rango constitucional.

En Chile las aguas son un bien nacional de uso público cuyo aprovechamiento se entrega en concesión, concesión sobre la cual hay un derecho de propiedad. Los recursos naturales que se encuentran en tierras pertenecientes a las personas y comunidades indígenas son protegidos por el Estado. Lo novedoso es que en la Ley Indígena no sólo los individuos son sujetos de derecho sobre las tierras y las aguas, también lo son las organizaciones y comunidades indígenas.

El artículo 64 de la ley N° 19.253 protege especialmente las aguas de las comunidades aimaras y atacameñas y considera bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esa ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas.

El artículo 3° transitorio de la misma ley ordena a la CONADI y a la Dirección General de Aguas, establecer un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas. El referido convenio, que se suscribió en 1997 y opera desde 2001 en las Regiones Iª y II ª, hace obligatorio un informe de CONADI cada vez que se soliciten derechos de agua que puedan afectar los derechos ancestrales de las comunidades indicadas.

El Honorable Senador señor Larraín expresó que no hay duda en cuanto a la existencia de derechos ancestrales a la tierra y así lo confirma toda la vasta legislación indígena que ha existido en el país. Pero cosa distinta es el agua, pues, con la sola excepción de las comunidades del norte, los derechos sobre ellas deben constituirse de acuerdo con las prescripciones del Código de Aguas, sin distinguir según quien los solicita. Elevar al nivel constitucional la protección

específica de las aguas de comunidades aimaras y atacameñas de las regiones nortinas, que es una excepción a la regla general contenida en la ley, amerita una detenida segunda reflexión, ya que podría entenderse que en adelante toda comunidad indígena podrá reclamar la misma protección estatal en esta materia. Por eso llamó a construir acuerdos sobre la base de los temas más esenciales y no seguir incorporando variables a un asunto cuya historia ha sido difícil y conflictiva.

El Honorable Senador señor Pizarro expuso que si el convenio a que se ha hecho alusión permite restablecer derechos de aguas ancestrales, ello indica que tales derechos están actualmente en poder de terceros, a quienes habría que expropiárselos. Solicitó mayor precisión sobre el alcance de la medida de restablecimiento.

El Honorable Senador señor Espina manifestó que el reconocimiento de las aguas ancestrales le parece razonable, porque las tierras sin agua son de escaso o nulo valor. Sin embargo, como los derechos de agua están prácticamente copados y no hay disponibles, cuando el propietario rehúse venderlos se habrá generado un conflicto de proporciones. Propuso acotar las cuestiones involucradas en el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios a las más esenciales, dando así satisfacción a la gran mayoría, porque siempre habrá grupos más radicalizados que encontrarán todo insuficiente. Además, señaló, hacer este reconocimiento constitucional suministrará banderas de lucha legítimas a los grupos no radicalizados, a los que están por la vía pacífica.

El Ministro señor Viera-Gallo explicó que si las aguas están disponibles o son de propiedad fiscal, se otorgan los derechos respectivos, con cargo a recursos presupuestarios y conforme a los procedimientos previstos en la legislación común vigente; si no lo son, la política es comprarlos, no expropiarlos. Enfatizó que la intención del Ejecutivo no es innovar en el estatuto jurídico de las aguas en Chile, sino asegurar que el reconocimiento de los derechos de los pueblos e individuos a las aguas, conforme a la normativa actual, no quede excluido de esta consagración constitucional, en razón de la especial importancia que tiene la vinculación de las personas con la tierra y el agua en la cultura de los pueblos originarios.

Explicó que el Ejecutivo plantea fórmulas que le parecen viables, porque no hay que olvidar que en el derecho internacional las cosas han cambiado mucho y muy rápido. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, por ejemplo, va mucho más allá que el Convenio N° 169 de la OIT; otro tanto sucede con las propuestas que surgen de los propios indígenas y de la clase política chilena; y el Gobierno debe desempeñarse en todos esos ámbitos. Por ello la proposición que hace es intermedia: ni minimalista ni maximalista.

Inicialmente el Ejecutivo ubicaba la disposición que garantiza los derechos sobre tierras y aguas en el Capítulo I de la Ley Fundamental, sobre Bases de la Institucionalidad. A la Comisión le

pareció más adecuado colocarla en el Capítulo III, sobre los Derechos y Deberes Constitucionales, específicamente dentro del numeral del artículo 19 que garantiza el derecho de propiedad.

En vista de la importancia de este tema, la Comisión decidió estudiarlo detenidamente en una sesión posterior. En esa sesión, el Honorable Senador señor Gómez explicó que para explicar la situación actual de los derechos de agua a la luz de la legislación indígena, se ha extendido una invitación a la Dirección Nacional de la Dirección General de Aguas (DGA), en cuya representación expuso el Fiscal de esa institución.

El Fiscal de la Dirección Nacional de Aguas, señor Fernando Valdés, explicó que la Ley Indígena contiene dos normas relacionadas con el derecho de aguas, una en el artículo 64[4] y otra en el inciso segundo del artículo 3º transitorio.

El artículo 64 establece que se deberá proteger, especialmente, las aguas de las comunidades indígenas aymaras y atacameñas, y que por aplicación extensiva, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 del mismo cuerpo legal, esa protección se extiende a las demás comunidades indígenas que habitan las regiones Iª, IIª y XVª. El inciso segundo del artículo 3º transitorio, por su parte, requiere que la CONADI y la Dirección General de Aguas celebren un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades aymaras y atacameñas que señala el artículo 64 de la ley.

En cumplimiento de ese mandato legal se firmó el convenio respectivo, que contempla las tres hipótesis del artículo 3º transitorio: constitución y protección de derechos de agua, por una parte, y por otra el reestablecimiento de los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades involucradas.

El mandato para la constitución de esos derechos de agua fue interpretado conforme a las reglas generales de la Constitución Política de la República, que entrega a la legislación la regulación de esta materia. Esa legislación es el Código de Aguas,

---

[4] Artículo 64, ley Nº 19.253: “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aimaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas.

No se otorgarán nuevos derechos sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de aguas a las comunidades afectadas.”.

cuerpo normativo que establece que la constitución originaria del derecho de aprovechamiento de aguas se hace a través de un procedimiento administrativo público, que termina con una resolución del Director General de Aguas, que se reduce a escritura pública y se inscribe en un registro especial, aplicándose las normas generales de la posesión inscrita. Esta es la regla general de la constitución de derechos de agua y se entendió que el convenio que señala el artículo 3º transitorio de la ley, en lo relativo a la constitución de derechos de aguas para los indígenas, debía ceñirse al procedimiento común.

Respecto de la protección de derechos de aguas de las comunidades indígenas, se establecieron algunas medidas generales de información en los procesos de constitución originaria y en los de exploración de aguas subterráneas. En estos casos se pone en conocimiento de la CONADI las solicitudes de comunidades indígenas y, con su respuesta o en su rebeldía, se procede según las normas generales.

En relación con la obligación de restablecimiento, la DGA ha entendido que consiste en la recuperación de derechos ancestrales de las comunidades que estén en posesión de otras personas, por medio de compraventas, usando el Fondo de Tierras y Aguas que estableció la Ley Indígena, porque no hay base legal especial que permita establecer un mecanismo de expropiación de derechos de agua para este fin.

En ejecución del convenio, la DGA hizo diversos estudios en el año 1998, para identificar fuentes susceptibles de ser regularizadas por las comunidades indígenas.

El señor Ministro Secretario General de la Presidencia consultó al señor Fiscal de la Dirección Nacional de Aguas qué opinión técnica le merece la incorporación en la Constitución Política de la República de una norma que proteja las aguas de los indígenas.

El señor Fiscal expuso que este es un tema complicado. La primera distinción que cabe hacer es que no es lo mismo hablar de derechos de aguas de personas y comunidades indígenas que de aguas de propiedad indígena, porque el artículo 5º del Código de Aguas establece que las aguas son bienes nacionales de uso público y a los particulares se les otorga solo un derecho de aprovechamiento de ellas. Sin embargo, el tenor literal del artículo 64 de la Ley Indígena señala que “Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se

encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como ríos, canales, acequias y vertientes"…, lo cual podría implicar que hay dos tipos de agua en la legislación chilena, a saber, las que tienen carácter de bien nacional de uso público y otras, que podrían ser consideradas como aguas particulares de las comunidades indígenas del norte. Pero interpretando esta norma en consonancia con el artículo 3º transitorio, que prescribe la celebración de un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral, se concluyó que no hay un derogación tácita del régimen general sino que los derechos ancestrales dan pie a constituir derechos de aprovechamiento de aguas, según el régimen general.

El Honorable Senador señor Larraín anotó que sin lugar a dudas hay derechos ancestrales de las comunidades indígenas sobre la tierra, porque evidentemente hubo ocupación del territorio antes de la llegada de los españoles y durante toda la Colonia, del río Bío-Bío al sur, donde el agua no estaba canalizada ni se establecieron sistemas para su aprovechamiento. Las obras hidráulicas se iniciaron en el valle central en el siglo XIX, por tanto, no es posible afirmar que existen derechos indígenas de aprovechamiento de aguas de carácter ancestral, y establecer en la Constitución Política de la República un derecho indígena de aguas es crear un nuevo estatuto jurídico que entrará en conflicto, inevitablemente, con el actual régimen de derechos de aprovechamiento de aguas que establece el Código del ramo.

El Honorable Senador señor Gómez solicitó que la Dirección General de Aguas emitiera un informe sobre el efecto que tendría la inclusión en la Constitución Política de la República de una norma que proteja la propiedad indígena sobre tierras y aguas.

El señor Ministro Secretario General de la Presidencia indicó que del tenor literal del artículo 64 de la Ley Indígena se puede concluir que existen derechos indígenas especiales sobre las aguas que pasan o están situadas en los territorios de las comunidades indígenas del norte, sin perjuicio de los derechos de aprovechamiento de aguas establecidos según las reglas generales con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley Nº 19.253.

El Honorable Senador señor Larraín puntualizó que el artículo 19, número 24º, inciso final, de la Constitución Política de la República, habla de derechos sobre las aguas y no de propiedad sobre las aguas. El derecho sobre las aguas es, en el fondo, un derecho de aprovechamiento de aguas, porque siempre se ha partido de la base que el agua es un bien nacional de uso público no apropiable, y que el Estado concede derechos limitados para aprovecharla, pero sin desprenderse de su dominio. Establecer propiedad directa sobre el agua es algo que no está en la Constitución y que puede generar insospechadas consecuencias.

El señor Ministro Secretario General de la Presidencia expresó que no es la voluntad del Ejecutivo generar un problema constitucional como el señalado por Su Señoría y que la mejor redacción al respecto sería una que asegurara los derechos de aprovechamiento de aguas de las comunidades y personas indígenas.

El Honorable Senador señor Larraín observó que una inserción constitucional como ésa no tiene sentido porque la Constitución actual ya garantiza al titular su derecho de aprovechamiento de aguas constituido según las normas legales, sin distinguir si ese titular es o no indígena.

El señor Ministro General de la Presidencia replicó que más allá de su utilidad práctica, es muy importante que se reconozca a nivel constitucional la protección de los derechos de propiedad de la tierra y de aprovechamiento de las aguas por razones simbólicas.

El señor Fiscal Nacional de Aguas puntualizó que la DGA interpreta que en nuestro ordenamiento jurídico no hay derechos de propiedad sobre las aguas, sean estos de indígenas o de no indígenas, solamente hay derechos de aprovechamiento de aguas. Por su parte, la Ley Indígena habla de “derechos de agua de propiedad ancestral” de las comunidades aymaras y atacameñas, que técnicamente no son derechos de propiedad sobre el agua, pero si tienen efectos en la constitución de derechos de aprovechamiento.

Agregó que el inciso final del número 24º del artículo 19 de la Constitución habla de derechos de aguas “reconocidos o constituidos en conformidad a la ley”, y el Código de Aguas ha establecido dos procedimientos para desarrollar la norma constitucional; por una parte, un procedimiento común administrativo de constitución de derechos de aguas y, por otra, otro excepcional, de carácter administrativo judicial, en virtud del cual se reconoce la existencia de un derecho de aprovechamiento de aguas basado en el uso y posesión de las mismas. Este procedimiento termina por una sentencia judicial, que según el artículo 114, número 7, del Código de Aguas, debe inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces. En este procedimiento excepcional se ha hecho valer el uso material ancestral de cauces de agua por las comunidades indígenas y se han reconocido, vía sentencia judicial, derechos formales de aprovechamiento, equivalentes a los derechos de aprovechamiento legalmente constituidos.

Este esquema ha sido de difícil implementación, porque estos derechos ancestrales de aguas son derechos colectivos y el Código de Aguas reconoce sólo derechos individuales, de libre transmisión y transferencia, incluso entre terceros ajenos a la etnia, características jurídicas que no son concebibles en la cultura tradicional de los indígenas. Para sortear este problema se han titularizado los derechos de aprovechamiento de aguas de los indígenas en las comunidades que ellos integran, las que en virtud de la Ley Indígena tienen personalidad jurídica.

Otro problema que se ha debido enfrentar es que se entiende que los derechos ancestrales de agua solamente abarcan a las aguas superficiales y no a las subterráneas, pero se extienden a todos los usos que tradicionalmente han hecho los indígenas del agua, considerando también los usos religiosos, lo que mejora la plausibilidad de la pretensión de las comunidades en los procedimientos intentados para obtener el reconocimiento judicial de derechos de aprovechamiento.

El señor Ministro Secretario General de la Presidencia recordó que el Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, suscrito y ratificado por Chile, prescribe que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en las decisiones relativas a los recursos naturales existentes en sus tierras y a participar de los beneficios que reporten tales actividades, obligación que también debe ser considerada en esta discusión.

El acuerdo

Finalmente, concitó el consenso mayoritario de los miembros de la Comisión una proposición de texto que refunde las proposiciones de la moción y el mensaje arriba aludidos, recoge los aportes recibidos durante la discusión en general y, además, incluye la parte del proyecto de la Cámara de Diputados que pasó a segundo trámite constitucional. Hubo manifestación expresa de que este acuerdo es una primera etapa y que la aprobación de la idea de legislar da oportunidad para que los conceptos y sus alcances maduren en la reflexión que los colegisladores pueden hacer en la etapa de discusión en particular.

Artículo 4° de la Constitución Política de la República

Declara que Chile es una república democrática.

El número 1) del artículo único del proyecto que propone la comisión reemplaza este artículo por otro, compuesto de tres incisos. El primer inciso afirma que la Nación chilena es una, indivisible y multicultural.

El segundo inciso reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan el territorio de Chile y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional.

La frase que alude a las comunidades, organizaciones e integrantes deja en claro que son éstos los sujetos de derechos, pues los pueblos en cuanto tales no detentan tal calidad.

El inciso tercero especifica que los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes.

Artículo 5° de la Constitución Política de la República

Su inciso primero establece que la soberanía reside esencialmente en la Nación y que su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la Constitución establece. Agrega que ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El número 2) del artículo único del proyecto inserta un nuevo inciso primero, que declara que Chile es una república democrática, que es el contenido actual del artículo 4° de la Carta.

Artículo 19 de la Constitución Política de la República

El número 2° de este artículo consagra la igualdad ante la ley. Especifica la norma que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados, no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

El número 3) del artículo único del proyecto puntualiza que hombres y mujeres son iguales ante la ley, cualquiera sea su origen étnico o racial

El número 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental reconoce y garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.

El número 4) del artículo único del proyecto agrega a este numeral un párrafo final, nuevo, según el cual la ley debe proteger la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme lo establecido en la Constitución y las leyes.

- Puesta en votación esta última propuesta, que refunde ambos proyectos de reforma constitucional, resultó aprobada por 4 votos contra 1. Votaron por la afirmativa los Honorables Senadores señora Alvear y señores Chadwick, Espina y Gómez. Lo hizo en contra el Honorable Senador señor Muñoz, don Pedro.

La mayoría basó su apoyo a la idea de legislar en el hecho de que el texto sobre el cual se ha alcanzado acuerdo es un buen punto de partida para el debate que debe hacer el Senado. En el trámite reglamentario de la discusión en particular se podrá avanzar, precisar y enmendar lo que resulte de las indicaciones que se acojan.

El Honorable Senador señor Espina destacó que el consenso producido tiene el mérito de partir de la base del texto propuesto en la moción parlamentaria, que se complementa con propuestas del Ejecutivo, reconociendo así la antelación en la iniciativa de legislar sobre el tema indígena en la Constitución.

El Honorable Senador señor Gómez explicó que, no obstante inclinarse en principio por la abstención, votaría a favor, con el solo objeto de que el proyecto llegue a la sala y allí se pueda discutir, reservándose la facultad de presentar las indicaciones necesarias, de acuerdo a las propuestas que hará en su momento.

La Honorable Senador señora Alvear señaló que si bien el proyecto no recoge todos los aspectos que sería de desear, es un buen inicio para la discusión.

El Honorable Senador señor Chadwick votó a favor de la idea de legislar, con reservas respecto de la redacción del

último inciso del nuevo artículo 4° y del nuevo párrafo que se inserta en el número 24° del artículo 19, ambos de la Ley Fundamental.

El Honorable Senador señor Muñoz fundamentó su voto manifestando no estar en condiciones de respaldar este proyecto. Informó que el Vicepresidente de Asuntos Indígenas del Partido Socialista le ha manifestado que es fundamental que se reconozca como sujeto de derecho a los pueblos indígenas, porque es lo que exige su cultura ancestral. Anunció que promoverá la discusión en su Comité, a fin de fijar una posición definitiva sobre el particular.

- Además de plantear al Senado la aprobación de la idea de legislar, la Comisión propone por unanimidad la fusión de los proyectos de reforma constitucional Boletines Nºs 5.324-07 y 5522-07.

- - - - - - - -

Archivo

De aprobarse la idea de legislar, se sugiere recabar el acuerdo de la Cámara de Diputados para archivar el proyecto Boletín N° 4.069-07, puesto que las únicas disposiciones del mismo que alcanzaron aprobación en la Cámara de origen han quedado incluidas en el texto despachado por la Comisión.

- - - - - - - -

TEXTO DEL PROYECTO APROBADO

Se consigna a continuación el texto del proyecto cuya aprobación en general propone la Comisión:

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL:

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes enmiendas en la Constitución Política de la República:

1) Reemplázase el artículo 4º por el siguiente:

“Artículo 4°.- La Nación chilena es una, indivisible y multicultural.

El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional.

Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes.”.

2) Intercálase en el artículo 5º el siguiente inciso primero, nuevo:

“Artículo 5°.- Chile es una república democrática.”.

3) Intercálase, en el párrafo primero del número 2° del artículo 19, entre las palabras “mujeres” y “son”, la siguiente frase, entre comas: “cualquiera sea su origen étnico o racial”.

4) Agrégase al número 24° del artículo 19 el siguiente párrafo final, nuevo:

“La ley protege la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme lo establecido en la Constitución y las leyes.”.”.

- - - - - - -

Acordado en sesiones de fecha 17 de octubre y 7 de noviembre de 2007, 22 de enero, 5, 12 y 17 de marzo, 7 de abril, 16 de junio, 6 y 20 de agosto, 12 de noviembre, 3 y 9 de diciembre, todas de 2008, y 7 de enero de 2009, con asistencia de los Honorables Senadores señores José Antonio Gómez Urrutia (Presidente) (Guillermo Vásquez Úbeda), señora Soledad Alvear Valenzuela (Jorge Pizarro Soto, Mariano Ruiz-Esquide Jara) y señores Alberto Espina Otero (Carlos Kuschel Silva), Andrés Chadwick Piñera (Hernán Larraín Fernández, Jovino Novoa Vásquez) y Pedro Muñoz Aburto.

Valparaíso, 23 de enero de 2009.

FERNANDO SOFFIA CONTRERAS
Secretario

RESUMEN EJECUTIVO

PRIMER INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, ACERCA DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

(BOLETINES Nºs 5.324-07 y 5.522-07, REFUNDIDOS)

I. PRINCIPALES OBJETIVOS DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN: otorgar reconocimiento constitucional a la existencia de pueblos indígenas en Chile, como demostración de respeto e interés de la nación chilena por sus tradiciones y su cultura y manteniendo la unidad de la nación; eliminar como factor de discriminación las consideraciones raciales o étnicas, y encomendar a la ley el desarrollo de lo que concierne a la protección de sus tierras y derechos de agua.

II. ACUERDOS: aprobado en general por 4 votos contra 1. La fusión de los dos proyectos que dan origen al que propone la Comisión se acordó por unanimidad, así como la proposición de archivo del proyecto de la Cámara de Diputados Boletín N° 4.069-07.

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN: un artículo único con cuatro numerales, que modifican los artículos 4°, 5° y 19 Nºs. 2° y 24° de la Constitución Política de la República

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: de conformidad con lo prescrito por el inciso segundo del artículo 127 de la Constitución Política de la República, el artículo único del proyecto requiere el voto conforme de dos terceras partes de los Senadores en ejercicio para ser aprobado, porque modifica preceptos de los Capítulos I y III de la Ley Fundamental.

V. URGENCIA: a la fecha de emisión de este informe, el proyecto tiene urgencia calificada de suma con fecha 20 de enero de 2009.

VI. ORIGEN E INICIATIVA: el proyecto que propone la Comisión refunde una moción de de los Honorables Senadores señores Andrés Allamand Zavala, Carlos Cantero Ojeda, Alberto Espina Otero, José García Ruminot y Sergio Romero Pizarro, con un mensaje de la señora Presidenta de la República.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: primero.

VIII. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO: la moción fue presentada a tramitación el 6 de septiembre de 2007 y el mensaje ingresó el 23 de noviembre del mismo año.

IX. TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe.

X. NORMAS QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

- De la Constitución Política de la República, los artículos 4° y 5°, del Capítulo I, Bases de la Institucionalidad, y los números 2° y 24° del artículo 19, del Capítulo III, De los Derechos y Deberes Constitucionales.
- Ley N° 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y que crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.
- Decreto N° 392, del Ministerio de Planificación y Cooperación, de 1994, Reglamento que regula la Acreditación de Calidad de Indígena, para la constitución de Comunidades Indígenas y para la Protección del Patrimonio Histórico de las Culturas Indígenas.
- Ley N° 20.249, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios.
- Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, promulgado en Chile mediante el decreto N° 236, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 2008.

Valparaíso, 22 de enero de 2009.

FERNANDO SOFFIA CONTRERAS
Secretario de la Comisión

ÍNDICE

	Página
Constancias	1
Objetivos fundamentales y estructura del proyecto	4
Antecedentes de derecho	4
Antecedentes legislativos	4
La Ley Indígena	4
La moción	5
El mensaje	6
El proyecto de la Cámara de Diputados	6
Otro proyecto sobre la materia	7
El Convenio N° 169 de la OIT	7
Las sentencias del Tribunal Constitucional	7
Antecedentes documentales reunidos	8
Discusión en general y aprobación	10
Los pueblos indígenas	11
Los derechos de los pueblos indígenas	13
Protección de las tierras y las aguas	15
El acuerdo	21
Votación	22
Archivo	23
Texto del proyecto aprobado	23
Firmas	24
Resumen ejecutivo	25
Índice	27