



Incorporación de los Pueblos Originarios en el Proceso Constituyente

Serie Policy Papers | N°8, 2020

Alejandra Precht

Resumen

Si bien existe un grado de consenso tanto a nivel parlamentario como ciudadano sobre la pertinencia de contar con escaños reservados para los pueblos originarios en un futuro proceso constituyente, aún no se cuenta con la regulación que lo habilite. Es por ello que, con el objetivo de aportar a la discusión parlamentaria actualmente en curso, el presente documento entrega antecedentes sobre la forma y necesidad de incorporar a los pueblos originarios a dicho proceso.

Se presenta una propuesta de participación de los pueblos por medio de escaños reservados establecidos con criterios de proporcionalidad entre población indígena y no indígena del país; observando el cumplimiento de la paridad de género; en base a un distrito único y nueve listas electorales; y las condiciones para la generación de un padrón electoral indígena. Todo lo anterior, utilizando criterios objetivos basados en datos del censo y en la legislación actualmente vigente; los principios de participación, buena fe y autoidentificación; y reconociendo la naturaleza propia del proceso de elaboración de un nuevo texto constitucional.

1. Introducción

La manera como participarán los pueblos originarios en el proceso constituyente aún no cuenta con una definición por parte del Congreso Nacional. Si se aprobara la idea de una Nueva Constitución, la propia legitimidad del proceso se basa, en gran medida, en que el legislador - que es quien determina dicha

participación- lo realice a la brevedad y actúe con criterios objetivos y en base a principios generales.

El presente documento informa sobre el estado de la discusión parlamentaria y aporta antecedentes sobre la necesidad de incorporar a los pueblos originarios en el proceso constituyente. Además, entrega una propuesta sobre la forma de participación de los mismos por medio de escaños reservados establecidos con criterios de proporcionalidad entre población indígena y no indígena del país, observando el cumplimiento de la paridad de género, en base a un distrito único y listas electorales por pueblo, y las condiciones para la generación de un padrón electoral indígena (esto último en la medida que la actual situación sanitaria permita dar garantías para su elaboración).

2. Proceso Constituyente y pueblos Originarios

La Constitución “es la Ley Fundamental y permanente dada a nombre del pueblo soberano para garantizar los derechos individuales y sociales y para organizar la vida del Estado estableciendo al efecto los poderes públicos y deslindando su respectiva esfera de acción”¹, pero “El concepto de Constitución ha de ser vinculado por ello a la noción de poder constituyente del pueblo.”²

¹ Diccionario Jurídico Chileno y de las Ciencias Afines. Enrique Diémer y Olga Cerda. Lexis Nexis. Santiago.2006 (De Veolia, citado por Bielsa).

² Enciclopedia Jurídica Básica-Volumen I. Editorial Civitas. Madrid. 1995, pág. 1526. La cual agrega que “Es cierto que por esta vía también la validez del derecho se hace depender en último término de la voluntad del poder, pero no de cualquier poder, sino de

Es por ello que la elaboración de las bases para el proceso constituyente debe hacer frente a una serie de expectativas de participación ciudadana. Lo anterior, en aras a desarrollar un verdadero proceso democrático, siguiendo a Ignacio de Otto³: *“De lo que se trata es de que el proceso constituyente se configure de modo tal que en él puedan expresarse democráticamente, como en el proceso legislativo, las diversas opiniones acerca de la Constitución, de forma que ésta tenga la legitimidad que un proceso de esa índole proporciona”*. Sin embargo, el mismo autor precisa que la elaboración de una Constitución se lleva a cabo *“por procedimientos distintos y más complejos que los que se utilizan en la legislación”*.⁴

El proceso constituyente difiere del legislativo. La Convención no es un órgano permanente, como lo es el Congreso y de ello se deriva que los convencionales no podrán sustituirse a través de una próxima elección. Son elegidos con el mandato único de elaborar la propuesta de nueva Constitución. Por tanto, la falta de libertad de sufragio⁵, que llevaría a un grupo social por no contar con la posibilidad de elegir miembros que lo representen, es mucho más grave en el caso

de la elección de convencionales que de parlamentarios.

La Convención tiene como objeto crear las bases de nuestra institucionalidad democrática con un sentido de permanencia mucho mayor que el de una ley. De ello se deriva que se requiere un mayor esfuerzo en garantizar la presencia de los pueblos originarios, como ya lo fue en el caso de los independientes y de las mujeres. Es un nuevo tipo de democracia que se inicia.

En otro orden de ideas, el poder constituyente, tal como lo recuerda don Alejandro Silva Bascuñán, debe *“respetar el ideal del derecho que prevalece en la colectividad al tiempo de su actuación, o sea, la concepción del bien común en ella predominante, porque, si así no actúa, su ordenación no logrará su objetivo y, al contrario, será ineficaz o contraproducente”*.⁶ Es innegable que la idea de una nueva constitución tiene su génesis en el estallido social de 2019 y dentro de este movimiento quedó visibilizado la sensibilidad de la ciudadanía con la temática indígena. De ello también se deriva la necesaria participación de estos pueblos, de modo de poder ser escuchados y considerados en el nuevo texto constitucional.

Por ello, sin una debida incorporación de los pueblos originarios no será posible liberar la tensión entre las fuerzas sociales y las formas que regulan el actuar del poder político en nuestra comunidad nacional, en tanto y como es sabido la Constitución es la base de esta relación.

un poder cuya legitimidad puede sostenerse con argumentos racionales y por eso, al menos en teoría demostrarse”.

³ Ignacio de Otto. Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes. Editorial Ariel S.A. Barcelona 1988, pág. 56.

⁴ *Ibidem*, pág. 51.

⁵ La libertad de sufragio dice relación con que el elector pueda votar por quien desee y le represente. Es por ello que alternativas únicas de candidatos o no representativas de la diversidad existente en la ciudadanía atentan contra esta libertad. Así ocurriría si un pueblo originario no cuenta con candidatos de su etnia. Es cierto que no todos los grupos sociales pueden tener candidatos que los representen, pero en el caso de los pueblos originarios existe un derecho histórico tal como se menciona en este trabajo.

⁶ Alejandro Silva Bascuñán. Derecho Político: Ensayo sobre una síntesis. Editorial Jurídica de Chile. 1984. Pág.167.

Además de lo anterior, la necesidad y fundamento de contar con la participación de los pueblos originarios no se basa en la mera aplicación de normas de discriminación positiva y el cumplimiento de la obligación constitucional de resguardar el principio de igualdad ante la ley, sino que se enmarca en la constatación histórica y fáctica de que existen comunidades anteriores a nuestra Nación. Es, por lo tanto, una respuesta que sigue el principio del realismo jurídico y no concesiones graciosas del grupo dominante.

Se suma a lo anterior, lo que dice correctamente el preámbulo del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al recordar la particular contribución de los pueblos indígenas a la diversidad cultural y a la armonía ecológica de la humanidad, temas que hoy más que nunca se han puesto en el centro de las demandas sociales y que serán relevantes en la discusión para la elaboración de un nuevo texto constitucional.

Si bien el aporte de los pueblos originarios no se agota en el tema de la diversidad cultural, a modo de ejemplo, lo mencionaré brevemente pues ello es clave en la respuesta a las demandas sobre la formación de una sociedad democrática, participativa y por tanto pluralista.

La UNESCO define cultura como el *“Conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social que abarca, además de las letras y las artes, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”*⁷; y recuerda que la *“cultura*

⁷ Preámbulo de la Declaración de la UNESCO sobre diversidad cultural, 2001.

*incluye también la idea de complementariedad de las culturas, de dinamismos de las mismas y de la generación de identidades culturales no excluyentes entre sí”*⁸. En sentido similar la Observación General N°21 de las NU⁹, que prevé: *“A juicio del Comité, la cultura es un concepto amplio e inclusivo que comprende todas las expresiones de la existencia humana, La expresión ‘vida cultural’ hace referencia explícita al carácter de la cultura como un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo, que tiene pasado, un presente y un futuro”*. Todo ello en el contexto que el propio poder legislativo chileno ha declarado al aprobar la Ley N°19.253 que señala en su artículo 1° que las diversas etnias son parte esencial de las raíces de la nación chilena, reconociendo que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos y que conservan manifestaciones culturales propias, siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.

3. Estado actual de la discusión parlamentaria

Para lograr la ejecución del “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución” del 15 de noviembre de 2020, los partidos políticos representados en el Congreso Nacional crearon un Comité Técnico, de modo de poder establecer un articulado en la actual

⁸ Maider Maraña. Cultura y Desarrollo: Evolución y Perspectivas. Unesco Etxea. Cuadernos de trabajo N°1. Página 4. 2010.

⁹ Observación N°21 de las Naciones Unidas adoptada en el 43° periodo de sesiones Ginebra 20 a 20 de 2009, punto 11. Referida al artículo 15.1.a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que nos remite al “derecho a participar en la vida cultural”.

Constitución de 1980 que sentara las bases del proceso constituyente. El trabajo del Comité fue vertido en la modificación constitucional realizada mediante Ley N°21.200¹⁰, posteriormente modificada (como consecuencia de las dificultades derivadas de la pandemia de Covid-19 para realizar el plebiscito) en lo relativo a fijar una nueva fecha para la realización del plebiscito (25 de octubre de 2020) y, en caso de ganar la opción de tener una nueva constitución, para la elección de miembros de la convencional constituyente (11 de abril de 2021)¹¹.

En el acuerdo de noviembre, quedaron tres asuntos pendientes respecto a la participación de los ciudadanos en una eventual elección de convencionales y en la convención propiamente tal: i) la conformación de las listas de independientes; ii) los criterios de paridad de género; iii) la participación de los pueblos originarios. Los dos primeros asuntos ya han sido resueltos, mediante la modificación de la Constitución aprobada por la Ley N°21.216 que “Modifica la Carta Fundamental para permitir la conformación de pactos electorales de independientes y garantizar la paridad de género en las candidaturas y en la integración del órgano constituyente que se conforme para la creación de una nueva constitución política”¹². Sin embargo, nada se resolvió en relación con los pueblos originarios.

¹⁰ Ley N°21.200 “Reforma de la Constitución y del procedimiento para elaborar una nueva constitución de la República”. D.O. de 24 de diciembre de 2020.

¹¹ Ley N°21.221. D.O. de 26 de marzo de 2020. Posteriormente, por medio de Decreto Exento N°388/2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (D.O. de 29 de marzo de 2020) se realiza una nueva convocatoria al Plebiscito Nacional.

¹² Ley N°21.216. D.O. de 24 de marzo de 2020.

Los parlamentarios se han mostrado favorables de normar la inclusión de los pueblos originarios en el proceso constituyente¹³, no obstante, no han avanzado en la definición del mecanismo. Del mismo modo, la opinión pública se muestra favorable a la representación de los pueblos indígenas en esta instancia, tal como puede constatarse en los resultados del “Estudio de Opinión Pública: Pueblos Originarios y Nueva Constitución” del Centro de Estudios Interculturales e Indígenas (CIIR)¹⁴, que señala que un 82% de los encuestados estima que debieran existir cupos reservados para los pueblos originarios en una eventual convención.

A la fecha existen al menos cuatro proyectos de ley que buscan establecer el marco normativo para la participación de los Pueblos Originarios en el proceso constituyente, ingresados al Congreso Nacional a través de los Boletines N°13.128-07, N°13.129-07, N°13.132-07 y N°13.133-07¹⁵, todos mediante mociones parlamentarias¹⁶.

¹³ Véase por ejemplo la reciente aprobación en el Senado de la idea de legislar escaños reservados para los pueblos originarios que contó con una amplia mayoría. 34 votos a favor, 4 en contra y 4 abstenciones. En <https://www.senado.cl/aprueban-en-general-reforma-que-establece-escaños-reservados-para/senado/2020-07-07/201036.html>

¹⁴ Centro de Estudios Interculturales e Indígenas: “Estudio de Opinión Pública: Pueblos Originarios y Nueva Constitución”, abril 2020, página 37. En relación al número de escaños, el estudio muestra que no hay una tendencia clara por una opción. Así un 28% se muestra favorable a que el porcentaje de escaños esté entre el 1% y el 10% del total de escaños, un 27% está a favor de que sea entre un 11% y un 20%, un 21% entre un 21% a 30% y un 20% de 30% o más (página 35).

¹⁵ Debe sumarse el proyecto ingresado el 27 de noviembre de 2019 (Boletín N°13.100), que si bien referida al procedimiento para elaborar una nueva constitución, establece en forma general que debe existir una cuota indígena. No todos los proyectos señalados se encuentran con facilidad en la página web

El primer proyecto (Boletín Nº13.128-07), abarca no sólo la participación en la Convención sino también en cargos de representación popular, modificando al efecto la Ley Nº18.700 “Sobre votaciones populares y escrutinios”. Para efectos de este artículo y en lo que interesa las modificaciones propuestas son:

- i. Creación de un padrón electoral indígena. Para ello debe acreditarse la calidad indígena, según el artículo 2º de la ley Nº29.253.
- ii. Reserva de escaños proporcionales en base al número de personas inscritas en el padrón electoral antes referido.
- iii. Existencia de un distrito único a nivel nacional, mediante la inscripción de una o más listas que podrán estar compuestas indistintamente por miembros de más de un pueblo originario.

El segundo proyecto (Boletín Nº13.129-07), se refiere únicamente a la participación en la Convención, siendo sus principales propuestas:

- i. Creación de un padrón electoral indígena, que utiliza como base el padrón de registro de comunidades indígenas que lleva CONADI.
- ii. Determinación del “porcentaje de cuotas indígenas a nivel nacional” a partir de dicho padrón.

del Congreso, además de la búsqueda individual se solicitó apoyo de la Biblioteca del Congreso Nacional
¹⁶ Algunos de los proyectos presentados desarrollan más aspectos de los mencionados, como por ejemplo los requisitos para ser candidato. Estos no fueron individualizados por no ser atingentes al presente documento.

- iii. Existencia de un solo distrito a nivel nacional.

El tercer proyecto (Boletín Nº Nº13132-07), contempla las siguientes ideas principales:

- i. Establece 18 escaños para los nueve pueblos mencionados en la Ley Indígena: 10 escaños para el pueblo mapuche, 2 para el pueblo aymara, 1 para los pueblos kawashkar y yagán, y 1 para cada uno de los pueblos restantes.
- ii. Distrito electoral único.
- iii. SERVEL elaborará un padrón indígena utilizando como base el registro de comunidades indígenas de CONADI. Quienes no se encuentren dentro de una comunidad, pueden solicitar a CONADI la emisión de un certificado especial para el sólo efecto de ser presentado ante el SERVEL de modo de acceder al padrón electoral indígena, sujeto al cumplimiento de requisitos del artículo 2º de la Ley Nº19.253.
- iv. Establece la obligación de una campaña de difusión por parte de CONADI y del SERVEL en forma conjunta.

En los tres casos, los miembros indígenas de la Convención son descontados de los 155 convencionales que se fijaron en la modificación constitucional de diciembre de 2019.

El cuarto proyecto (Boletín Nº13.133-07) prevé:

- i. Aumento de los 155 escaños, diferenciando el número entre 21 (Convención Mixta Constituyente) y 18 (Convención Constitucional). En el primer caso se reparten, según: 12 escaños para el pueblo mapuche, 2 para el pueblo aymara, 1 para cada uno de los pueblos restantes.

Mientras que en el segundo se mantiene el número para todos los pueblos salvo para el mapuche, para el cual se establecen 9.

- ii. Distrito electoral único.
- iii. Elaboración de padrón indígena por parte del SERVEL.

Por último, existen una serie de indicaciones parlamentarias¹⁷. Dentro de éstas, destacan las de los diputados Sres. Miguel Crispí y otros, que es coincidente con el proyecto Boletín N°13.133-07 en cuanto al número de escaños para pueblos originarios (salvo que no aumenta el total de 155), al distrito electoral único y al padrón electoral antes referido.

La Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento del Senado informó la segunda de las mociones y en dicho informe da cuenta de haber escuchado a representantes de grupos o comunidades de los siguientes pueblos originarios: atacameños, coya, aymara, mapuche, rapa nui, lafkenche. En términos generales, los exponentes indígenas coinciden en la conveniencia de la paridad de género; en la definición del número de escaños en base al censo (aunque varían en el número exacto entre 18 a 24 convencionales); y en la necesidad que todos los pueblos originarios cuenten con un representante a lo menos. Además, varios establecen que para la elección de convencionales se debe reconocer el carácter territorial de los pueblos y, dentro de ello, algunos señalan

que el país debe dividirse en tres o en siete macrozonas¹⁸.

En relación a los Proyectos de Ley referidos en este documento, preocupan algunas materias:

1. La determinación del número de escaños en base número de personas inscritas en el padrón electoral especial. Ello por las siguientes razones:

- Se trata de elegir a miembros para la elaboración de una Nueva Constitución y en tal sentido el censo es a mi juicio el instrumento de mayor validez para determinar la representación poblacional necesaria para dar legitimidad al proceso constituyente.
- Es contrario a una disposición expresa de la Ley Indígena. El artículo 6 es claro al señalar que son los censos poblacionales los que “determinan la población indígena en el país”.
- El censo responde adecuadamente al principio de autoidentificación, reconocido en la *“Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas”* que prevé: *“La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental... Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación en forma individual o*

¹⁷ Véase:

https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=52311&prmTipo=INFORME_COMISION (revisado el 2 de julio de 2020)

¹⁸ Para una visión en detalle, se debe revisar la tramitación de los diversos proyectos de ley. Se hace presente que este trabajo no pretende de ninguna manera recoger las diversas visiones de los pueblos originarios. Dentro de éstas existen también quienes señalaron ante la Comisión del Senado que abogan porque no se regule los escaños y se reconozca el proceso constituyente mapuche originado el año 2019 que establecerá los ámbitos y relaciones institucionales y jurisdiccionales del pueblo mapuche y el chileno (intervención de Aucán Huilcamán, encargado de las Relaciones Internacionales del Consejo de todas las Tierras).

*colectiva, conforme a las prácticas e instituciones de cada pueblo indígena*¹⁹. En el mismo sentido, el artículo 1.2 del Convenio N°169 de la OIT.

- Estamos en un momento excepcional, dada la pandemia y sumada la lejanía en que habitan muchos de los miembros de tales pueblos, ello podría hacer imposible la inscripción en el Registro, con la consecuente subrepresentación de los pueblos originarios. Esto atentaría el principio de buena fe, puesto que se crearía un mecanismo que no parece idóneo para las comunidades en la actualidad.

2. Algunos proyectos no se hacen cargo de la necesaria representación de todos los pueblos originarios.

3. Tomar como base los registros de comunidades, asociaciones o personas indígenas, a mi juicio no tendría ninguna utilidad, pues no se puede olvidar que las personas indígenas deben tener la opción de votar por la papeleta indígena y/o por la nacional, según el artículo 4 N°3 del Convenio 169 de la OIT. Y si se les inscribe en un padrón electoral, sin su consentimiento, no podría exigírseles a dichos inscritos utilizar exclusivamente la papeleta indígena. Ello sólo es posible, si se inscriben voluntariamente, con pleno conocimiento del alcance de ese trámite.

4. Por último, no comparto los proyectos que tratan de responder de manera conjunta o bajo los mismos parámetros la participación de los pueblos indígenas en los procesos de elaboración de la Constitución con el de formación de las

demás leyes, en tanto se trata de procesos de diversa naturaleza. Además, estimo que un proceso de elección de representantes al Congreso debe considerar de un modo mucho más cuidadoso los territorios, así por ejemplo, en la elección parlamentaria, el pueblo aymara debiese contar con un número significativo de representantes en razón de su alta presencia a nivel regional.

4. Propuesta

Como he señalado, existe un grado de consenso en relación a la necesidad de contar con escaños reservados para los pueblos originarios. Y si bien el legislador es el llamado a definir dicha participación, existe, a mi juicio, un límite al actuar del Congreso en esta materia y que se manifiesta precisamente en la utilización de criterios objetivos basados tanto en la proporcionalidad y en la legislación actualmente vigente, como en los principios de participación, buena fe y autoidentificación.

En este contexto, se propone establecer escaños reservados cuyos representantes sean elegidos por medio de 9 listas una por cada pueblo, generadas por ellos mismos en base a un distrito único. Con ello, se evita la captura de los pueblos originarios por parte de otros grupos políticos y sociales que legítimamente participen en el proceso constituyente que avecina.

¹⁹ Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo I.2.

4.1 Escaños reservados

4.1.1 Determinación de escaños

a) ¿Quiénes?

Se propone considerar a los pueblos originarios mencionados en la Ley N°19.253 (Ley Indígena), normativa plenamente aplicable en la actualidad. De este modo se consideran nueve pueblos²⁰:

1. Mapuche
2. Aimara
3. Rapa Nui
4. Atacameño
5. Quechuas
6. Collas
7. Diaguita
8. Kawashkar o Alacalufe
9. Yámana o Yagán

b) Número de escaños

i. Total de escaños para la población indígena

La presente propuesta se basa en reservar una parte de los 155 escaños establecidos para la Convención Constitucional, para representantes de los pueblos originarios, siguiendo el principio de proporcionalidad

²⁰ Artículo 1° inciso segundo de la Ley N°19.253, el cual no habla de pueblos sino simplemente de etnias. Y para el caso mapuche considera a este pueblo como un todo, sin distinción por ejemplo entre huilliches, pehuenches, lafkenches. Cabe hacer presente que en la actualidad se encuentran en tramitación dos proyectos de ley que persiguen la inclusión de los pueblos Chango y Selk'nam en la ley indígena. En este trabajo se ha seguido los nombres de los pueblos tal como se mencionan en la Ley.

entre la población indígena y no indígena. Para determinar dicha proporción, se utiliza la información generada a partir del Censo 2017 y lo preceptuado en la Ley indígena (Ley N°19.253) en su artículo 6°: “Los censos de población nacional deberán determinar la población indígena existente en el país”.

Utilizar este criterio es además coherente con la modificación legal efectuada mediante la Ley N°21.216 antes referida y que establece entre otras materias la paridad de género, ya que el mismo censo de 2017 arroja un porcentaje de mujeres en el país levemente superior al 50%²¹.

De acuerdo con información del Instituto Nacional de Estadísticas (INE)²², un 12,8% de la población empadronada en el Censo de 2017 declara pertenecer a alguno de los nueve pueblos originarios antes mencionados, totalizando una población de 2.185.792 personas. De este grupo, la mayoría (79,8%) se identifica como mapuche, mientras que el 7,2% se identifica como aimara, el 4,1% como diaguita, el 1,5% como quechua, el 1,4% como atacameño, el 0,9% como colla y el 0,4% como rapa nui. Los grupos de identificados como kawésqar y yámana representan cada uno al 0,1% del total de autoidentificados como indígenas. Cabe señalar que en este censo, el 1,3% de quienes se identifican como pertenecientes a pueblo originario declaran pertenencia a otros pueblos indígenas, originarios, tribales u

²¹ El Censo de 2017 arroja una población masculina a nivel nacional de 48,9 % y femenina de 51,1%. En INE: “Síntesis de Resultados Censo 2017”, junio 2018. Visitado en: <https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-78+resultados+-censo2017.pdf> (última visita 1° de junio 2020).

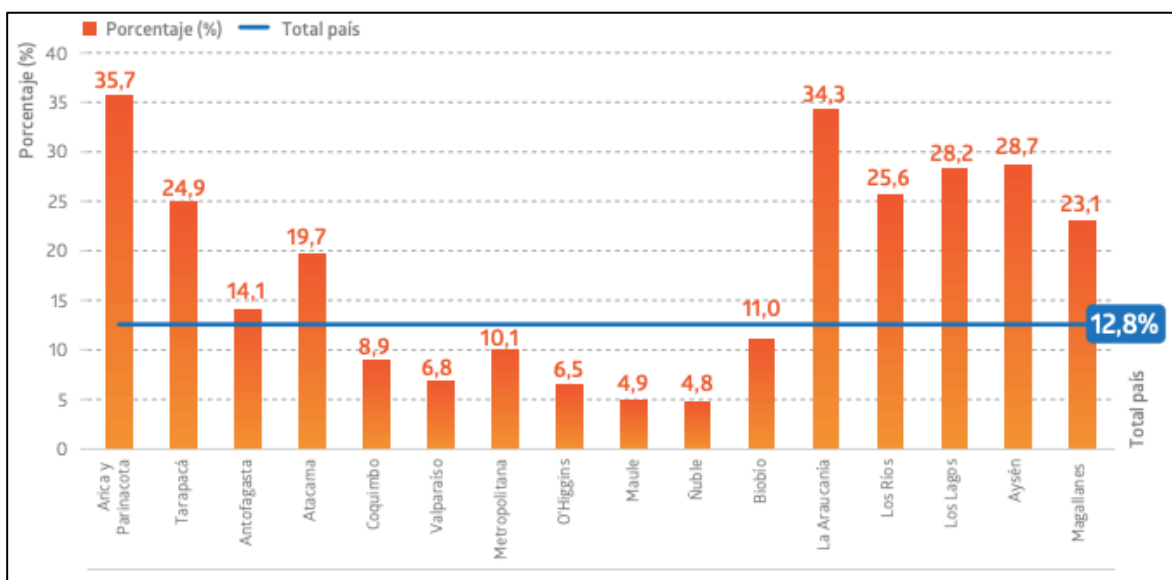
²² Ibidem, páginas 16 y 17.

otras etnias no reconocidas en la Ley Nº 19.153, mientras que 3,1% de ellos no especificó nombre de pueblo o declaró pertenecer a alguno que no es posible

clasificar, de acuerdo con categorización del INE.

Figura 1

Porcentaje de la población que se consideró perteneciente a un pueblo indígena u originario, según región de empadronamiento



Se excluye a la población que no declaró si pertenecía o no a un pueblo

Fuente: Extraído de “Síntesis de Resultados del Censo 2017” (INE, 2018)

La distribución de la población que declara pertenencia a un pueblo originario por sexo se puede apreciar en la siguiente tabla, elaborada en base a la información del INE²³

²³ INE/ Unidad de Estudios y Estadísticas de Género: “Radiografía de Género: Pueblos Originarios en Chile 2017”, diciembre 2018, página 3.

Tabla 1

Población por sexo según si se considera perteneciente a pueblo indígena u originario

	Total	Pertenecientes a pueblo originario	No pertenecientes a pueblos originarios
Total personas	17.076.076	2.185.792	14.890.284
Hombres	8.349.713	1.078.111	7.271.602
Mujeres	8.726.363	1.107.681	7.618.682

El presente trabajo realiza, en este punto, un análisis sólo para el caso de la Convención Constituyente²⁴. Considerando el Censo de 2017 se presentan dos ejercicios, uno que considera que el total de la población indígena alcanza un 11,8% y, por lo tanto, no incluye las categorías “pueblo ignorado” y “otros”, por no estar entre los pueblos que reconoce la Ley Indígena (caso 1 o de porcentaje corregido), y otro sobre la base del 12,8% en que se estima la población indígena del país, sin hacer la distinción antes señalada (caso 2). Lo anterior se especifica a continuación:

- Población total Chile **17.574.003**
- Población indígena según censo siguiendo la ley indígena (caso 1)
2.089.803, 11,9% de la población
- Población indígena según censo (caso 2)
2.185.792, 12,8% de la población

De lo anterior se deriva que, para el caso de una Convención Constituyente, el número de escaños reservados para los pueblos originarios debiera ser el siguiente para cada caso:

número de escaños reservados, la distribución de éstos para cada pueblo originario se muestra en la tabla 2 (con porcentaje corregido) y en la tabla 3 (sin porcentaje corregido):

- **Total Escaños: 155**
- **Caso 1: 18**
- **Caso 2: 19**

Luego, siguiendo el mismo criterio de proporcionalidad aplicado para definir el número de escaños reservados, la distribución de éstos para cada pueblo originario se muestra en la tabla 2 (con porcentaje corregido) y en la tabla 3 (sin porcentaje corregido):

²⁴ En el caso de la Convención Mixta, habría que hacer el ejercicio en base al total de escaños que la integrarán (parlamentarios + convencionales electos) y ajustar al 11,9% o 12,8% según sea la opción. Lo mismo si se optara a considerar los escaños de los pueblos originarios por sobre los 155 ya establecidos.

Tabla 2

Distribución de escaños por pueblo originario de acuerdo a propuesta (caso 1)

Pueblo	Casos	Porcentaje (%)	Escaños
Mapuche	1.745.147	83,5	15,4
Aymara	156.754	7,5	1,4
Diaguita	88.474	4,2	0,8
Quechua	33.868	1,6	0,3
Atacameño	30.369	1,5	0,3
Coya	20.744	1,0	0,2
Rapa Nui	9.399	0,4	0,1
Kawashkar	3.448	0,2	0,0
Yagan	1.600	0,1	0,0

Tabla 3

Distribución de escaños por pueblo originario de acuerdo a propuesta (caso 2)

Pueblo	Casos	Porcentaje (%)	Escaños
Mapuche	1.745.147	79,9	15,1
Aymara	156.754	7,2	1,3
Diaguita	88.474	4,1	0,7
Quechua	33.868	1,5	0,2
Atacameño	30.369	1,4	0,2
Colla	20.744	0,9	0,17
Rapa Nui	9.399	0,4	0,07
Kawashkar	3.448	0,1	0,01
Yagan	1.600	0,1	0,01
Otro	28.115	1,3	0,2
Pueblo Ignorado	67.874	3,1	0,5

ii. Escaños según pueblos originarios

Para determinar el número de escaños por pueblos se considera que el número menor de habitantes de alguno de los pueblos no puede ser justificación para excluirlos del proceso constituyente, en tanto se hace necesario preservar los derechos, usos y costumbres de cada uno de los pueblos que habitan en el país. De ello, y de su reconocimiento histórico, deriva la necesidad de integrar la Convención por al menos 1 representante por pueblo.

Para el caso 1, si se redondean las cifras se obtiene que el pueblo mapuche obtiene 15 escaños, mientras que los pueblos aymara²⁵ y diaguita obtendrían 1 escaño cada uno, quedando 1 escaño para repartir entre los seis pueblos restantes. Faltarían, de esta forma, 5 escaños para que todos los pueblos puedan tener una representación mínima.

En el caso 2, si se redondean los datos la situación es idéntica salvo que quedan 2 escaños para repartir entre seis pueblos y, por tanto, faltarían 4 escaños para que todos los pueblos puedan tener una representación mínima.

La pregunta que viene a continuación es de dónde se obtienen estos 4 ó 5 escaños, y para ello se debe dilucidar si el interés de resguardar a los pueblos originarios y el deber de garantizar su participación es deber de todos los ciudadanos o únicamente una aspiración de la población originaria. A mi juicio es un interés de todos los habitantes de

²⁵ Alguna de las propuestas presentadas proponen dos representantes para el pueblo Aymara. Estimo que aún cuidando los criterios objetivos que he mencionado (proporcionalidad, apego a legislación vigente, simplificación, consideración diferenciada entre proceso constituyente y legislativo), es posible realizar algún ajuste en relación dicho pueblo en tanto, la elección de los constituyentes no indígenas quedó regida por la regla de elección de diputados y en dicho caso el pueblo mencionado podría elegir más de un representante.

Chile, tal como lo señala la propia ley indígena en su artículo primero: “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...”. Y es por ello que propongo que un escaño sea reasignado desde aquellos que por proporcionalidad corresponderían al pueblo mapuche, y los otros 3 ó 4 (dependiendo del porcentaje que se utilice para calcular la proporción) provengan de los escaños no reservados para representantes indígenas. De esta manera, e independiente del número utilizado para el cálculo de la proporción (caso 1 o caso 2), el total de escaños que debieran ser reservados para los pueblos originarios en la Convención Constitucional sería de 22, donde 14 quedarían para el pueblo mapuche y 1 para cada uno de los otros pueblos indígenas mencionados en la Ley N° 19.253²⁶.

4.2. Distrito único nacional y listas por pueblos originarios

Estimo que debiese existir un distrito único a nivel nacional y nueve listas en consideración a los pueblos originarios mencionados en la Ley Indígena. SERVEL debe crear una cédula electoral específica para la elección de los constituyentes representantes de los pueblos originarios.

Lo anterior es concordante con el hecho que se trata de un proceso constituyente y no de una elección parlamentaria. Lo que se

²⁶ He expresado mi postura en este trabajo. Sin embargo, estimo que tampoco afecta gravemente los criterios y principios en que me he basado, si el ajuste para dotar a todos los pueblos originarios se realiza dentro de los cupos que entrega el ejercicio en base únicamente al censo.

persigue es la elaboración de una norma de convivencia de carácter general que rija las relaciones de todos los integrantes del territorio de Chile.

La alternativa señalada resguarda el principio de participación y permite con mayor facilidad que todas las personas indígenas voten por candidatos de sus pueblos. Ello puesto que varios indígenas se encuentran repartidos por todo el territorio nacional y no necesariamente en el área que le correspondería a una macrozona definida según la presencia del pueblo.

4.3. Paridad de género

El Congreso Nacional estableció, mediante la Ley N°21.216 el criterio de paridad de género tanto para las candidaturas como para los miembros convencionales constituyentes.

Ello es acorde también con los criterios seguidos a nivel internacional en materia indígena. Así es como el Convenio 169 de la OIT establece que: *“Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”*²⁷. La Corte Interamericana, aunque en materia de derecho sucesorio, falló en el mismo sentido²⁸.

Aún más interesante es recordar que uno de los temas en que hubo mayor consenso entre los representantes de los pueblos originarios que asistieron a exponer a la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento del Senado (antes referida) fue el hecho de la paridad, ya que la idea de complementariedad entre hombre y mujer

está presente en la cultura indígena tanto en los pueblos del norte como del sur del país.

Desde un punto de vista estadístico el porcentaje de hombres y mujeres indígenas a nivel nacional es cercano al 50%, siendo levemente superior en el caso de las mujeres 50,7%.

En el evento de no producirse paridad entre los convencionales electos, estimo que esta situación debe ser corregida, siguiendo el criterio general de la Ley N°21.216. Para ello, primero propongo corregir, si fuese el caso, la paridad dentro de los convencionales del pueblo mapuche de modo que queden siete representantes de cada sexo²⁹. Ello según el criterio de reemplazar el último candidato electo menos votado, por el candidato del sexo opuesto no electo con mayor número de votación.

Luego, si dicho ajuste no logra mantener una paridad a nivel de las 9 listas, la lista menos votada debiese reemplazar el candidato electo por el siguiente candidato más votado del sexo opuesto y así sucesivamente hasta lograr la paridad.

En todo caso, siguiendo el criterio de Ley N°21.216, no se procederá a la reasignación fuera de cada una de las listas.

4.4. Padrón Electoral

Debiese crearse un padrón electoral indígena. Debe otorgarse un tiempo suficiente para que indígenas y polinésicos puedan ingresar

²⁷ Artículo 3 N°2 del Convenio 169 de la OIT

²⁸ Véase Corte IDH caso “Aloeboetoe y otros vs Surinam”, fallo de 10 de septiembre 1993.

²⁹ El pueblo Mapuche presenta una tendencia similar a la nacional: 49, 35% hombre y 50,65% de mujeres. Véase INE/ Unidad de Estudios y Estadísticas de Género: “Radiografía de Género: Pueblos Originarios en Chile 2017”, diciembre 2018, página 6.

al mismo. Es esta una de las materias más urgentes en tanto el padrón electoral provisorio debe ser elaborado por el SERVEL conforme a los antecedentes que dicho servicio conozca 140 días antes de la elección de los convencionales, la cual es el 11 de abril de 2021³⁰.

Se propone formar el padrón mediante la acreditación que establece el artículo 2º de la Ley N°19.253. Esta norma establece que se consideran indígenas:

- i. Hijos de padre o madre indígena.
- ii. Descendientes de pueblos indígenas que posean al menos un apellido.
- iii. Los que mantengan rasgos culturales de algún pueblo o cuyo cónyuge sea indígena, para lo cual deben autoidentificarse como tales. En este último punto el D.S. N°392/1993 señala que la autoidentificación “deberá contenerse en un documento notarial y tendrá el carácter de permanente e irrenunciable”. En este caso, dada la situación de pandemia por COVID-19 debiese bastar una declaración simple.

La formación del padrón debe poder realizarse de modo electrónico ante CONADI o por medio de la habilitación de una oficina física municipal en coordinación con CONADI, lo que debe ser suficientemente difundido por medios locales y nacionales.

Cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 2º de la Ley la inscripción debe ser automática, sin posibilidad que CONADI la deniegue.

³⁰ Ley N°18.556 “Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral”, artículo 3.

Deberá establecerse por ley que para el solo efecto de este proceso, SERVEL se nutre del padrón electoral indígena con los datos que suministre CONADI, debiendo ser eliminados del padrón general para efectos de la elección de los miembros de la Convención, más no para la elección de las autoridades que se eligen también el 11 de abril próximo. SERVEL y CONADI deben trabajar en conjunto en la difusión de este mecanismo.

SERVEL deberá publicar el padrón auditado indígena en su sitio web 90 días antes de la elección (siguiendo la regla general)³¹, pero además estimo que debe publicarse en el sitio web de CONADI y en las municipalidades en formato papel con el objeto de garantizar que pueda ser conocido por los electores y eventualmente reclamados. Para los efectos de la elaboración del reclamo CONADI deberá contar con funcionarios que faciliten su presentación, todo ello acorde con las reglas de un juego democrático que permita el pleno entendimiento y ejercicio del derecho a sufragio por parte de los pueblos originarios. Acorde también al artículo 2º numeral 2.a del Convenio N°169 de la OIT que señala que los gobiernos deberán desarrollar una acción coordinada con los pueblos en aras a respetar sus derechos, comprendiendo en ello tomar las medidas “que aseguren a los miembros de dichos pueblos, gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población”.

No es obligatoria la inscripción, cada miembro de un pueblo originario puede definir si desea, para efectos de esta elección, conformar parte de un padrón indígena o mantenerse en el padrón general. Ello, pues, tal como lo señala el Convenio 169 de la OIT “El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir

³¹ *Ibidem*, art. 32 inciso 4º.

menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales”³².

En caso contrario, y de no contarse con los medios suficientes para elaborar el padrón electoral indígena, estimo que en la misma urna a cada elector se le debe otorgar la opción de elegir entre la papeleta general o la de convencionales indígenas.

5. Reflexión final

En definitiva, el proceso constituyente y la inclusión de los pueblos originarios, debe basarse en la afirmación del pluralismo, en el que debe “cimentarse la orientación general de una sociedad democrática que sea cada vez menos formalista, más social, firmemente pluralista, realmente participativa, abierta a la convivencia de varias concepciones del bien común y que haga posible a un mismo tiempo la realización de la idea de derecho que cuente con el actual apoyo de la mayoría de la opinión nacional, cuanto con la libre propagación de las ideas concurrentes que eventualmente pudieran sustituirla”³³

³² Artículo 4 N°3 del Convenio 169 de la OIT. Dicho artículo señala en su numeral 1 que “Deberán adoptarse medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos originarios”.

³³ Alejandro Silva Bascañán. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II: Principios Fuerzas y Regímenes Políticos”. Editorial Jurídica de Chile. 1997 Santiago, Chile. Pág. 243.

Acerca de la autora

Alejandra Precht Rorris. Profesora de Derecho Indígena LLM-UC. Master of Legal Institutions, University of Wisconsin-Madison.

Acerca del CIIR

El **Centro de Estudios Interculturales e Indígenas** es un centro de investigación que busca aportar al país con estudios de alto nivel a la problemática de las relaciones interculturales, con una perspectiva interdisciplinaria, integral y orientada al diálogo y el respeto por la diversidad cultural.

Acerca de la Serie Policy Papers UPP

Esta serie busca contribuir al debate sobre políticas públicas relacionadas con pueblos indígenas, incorporando perspectivas comparadas, jurídicas y sociales, intentando incorporar una pluralidad de visiones y casos. Las ideas y planteamientos expresados en estos documentos son de exclusiva responsabilidad de los autores y autoras.

CIIR

Av. Vicuña Mackenna 4860, Campus San Joaquín,
Antropología UC, 2do piso
Macul, Santiago 7820436
[+562 2354 7200](tel:+56223547200)
ciir@uc.cl

@CentroCIIR