

LA CONSTITUCIÓN Y LOS INDÍGENAS EN CHILE: RECONOCIMIENTO INDIVIDUAL Y NO COLECTIVO*

Lucas Sierra

En enero de 2001, el Gobierno creó una “Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato”, con el objeto de que ella relatará una historia de las relaciones que han existido entre el Estado y los indígenas chilenos, y avanzara propuestas de política para que en el futuro esas relaciones sean las mejores posibles. En el mes de octubre pasado, la Comisión entregó al Gobierno un Informe con su trabajo, texto que puede consultarse en www.gobierno.cl/verdadhistorica/presentacion.html. La Comisión trabajó dividida en los siguientes grupos de trabajo: Revisión Histórica, Legislación e Institucionalidad, Desarrollo Económico y Social, y Territoriales. Estos grupos de trabajo produjeron informes que sirvieron de antecedente al informe final entregado por la Comisión.

Las páginas que siguen contienen el análisis con que Lucas Sierra, miembro del Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad, sus-

LUCAS SIERRA. Abogado, Universidad de Chile. Master en Derecho (LL.M.) Universidad de Yale. Doctor (Ph. D.) en Ciencias Sociales y Políticas, Universidad de Cambridge. Profesor de Derecho en la Universidad de Chile. Investigador del Centro de Estudios Públicos.

* Salvo por un par de actualizaciones, este texto fue leído por el autor en el Primer Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional, organizado por alumnos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y celebrado en Santiago en agosto de 2003 y próximamente será publicado en un volumen con los demás trabajos presentados en ese Congreso. El autor agradece a los editores de ese volumen su autorización para publicarlo en este número de *Estudios Públicos*.

Véase también en esta edición la opinión de minoría de Felipe Larraín respecto al Informe final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato.

tentó su posición de minoría frente a varias de las recomendaciones del informe que su grupo entregó a la Comisión. Según el autor, el reconocimiento constitucional de los indígenas como “pueblos”, en vez de como “individuos”, traería consigo una serie de riesgos morales, políticos y conceptuales. Entre ellos, irradiaría desde la Constitución al resto del sistema un concepto “colectivo” y no individual de los derechos constitucionales, volviendo así la espalda a una de las tradiciones más valiosas del constitucionalismo liberal.

Mucho se habla hoy del “reconocimiento”. Inspirándose en Hegel, Charles Taylor ha hablado de una verdadera “necesidad de reconocimiento”¹. Seríamos seres “especulares”, que nos definimos *en y por relación a* los otros. Ego no podría constituirse ni instalarse en el mundo solitariamente, para hacerlo siempre requeriría a alter. Así como Heidegger decía que las personas somos en cuanto habitamos, aquí seríamos en cuanto aparecemos en el espacio de lo público.

¿Cuál es el papel de un Estado liberal frente a todo esto? Creo que ese papel debería ser más bien limitado y definido con cautela, con una saludable dosis de escepticismo respecto de los más o menos toscos mecanismos del Derecho y de las limitadas posibilidades de la ingeniería social.

Se dice que tradicionalmente el liberalismo ha relegado el delicado problema de la identidad al ámbito de lo privado. Es probable que, a medida de que se hace más compleja, una democracia liberal exija traer ese delicado problema al ámbito de lo público. Los tiempos que corren, por lo demás, parecen tender hacia esto de la mano del proceso, tan manido, de “globalización”. Este proceso es de flujo y reflujo: a medida que los contenidos simbólicos circulan sin respeto de las fronteras, con la supuesta amenaza de disolver las identidades, aumentan al propio tiempo las demandas de identidad al interior de esas fronteras. La televisión es un buen ejemplo de esto: tanto en Chile como en el mundo la expansión de las señales internacionales a través de la TV por cable y satélite ha generado, simultáneamente, una mayor demanda de identidad. El sostenido éxito en Chile de las teleseries en los canales nacionales de TV abierta es un buen ejemplo.

¿Cómo traer las identidades al espacio de lo público? Hay al menos dos herramientas que operan usualmente unidas: el reconocimiento constitucional de las minorías y los mecanismos de discriminación positiva en

¹ Charles Taylor, *The Ethics of Authenticity* (1992), pp. 43 y ss.

favor de las minorías. El reconocimiento puede tener objetivos importantes como, por ejemplo, cooperar a la “justicia anamnésica” o a la consecución de otros objetivos de carácter simbólico², pero con él usualmente se busca tener un criterio de interpretación para todos los titulares de las potestades normativas en el Derecho (especialmente la legislativa), a fin de poder hacer discriminaciones que no se objeten por arbitrarias. Por otro lado, sin embargo, parece también posible discriminar a favor de las minorías sin necesidad de contar con un reconocimiento constitucional expreso.

Ahora bien, es importante determinar aquí qué se entiende por minoría. Obviamente, este concepto no alude necesariamente a una cuestión numérica: por ejemplo, podríamos decir que las mujeres son, en algún sentido, una minoría, aun cuando desde hace tiempo los censos nos vienen informando que hay más mujeres que hombres. Asimismo, los pobres son también una minoría, aun cuando numéricamente pueden ser más que los que no lo son. El esquema minoría/no minoría (esta “no minoría” es usualmente llamada mayoría, sociedad mayor o cultura dominante) parece responder más bien a una gradiente de poder. Es un esquema relacional. En su libro *Sovereign Virtue*, Dworkin hace referencia a un *test* desarrollado por la Corte Suprema norteamericana para evaluar medidas de discriminación positiva, y que puede dar luces sobre la idea relacional de minoría: si la medida en cuestión impone efectos perjudiciales sobre una “clase sospechosa”, esto es, sobre un grupo que ha sido gravado con desventajas significativas o que ha recibido histórica y deliberadamente un trato desigual, o relegada a una posición de impotencia política; entonces esa medida debe ser sometida a un “escrutinio estricto” a la luz del principio de la igualdad³.

¿Cuáles son nuestras minorías? Pueden ser varias, dependiendo del punto de vista que usemos: los que tienen orígenes indígenas, las mujeres, los homosexuales, los pobres que viven en la indigencia. Pero como las sociedades y culturas son fenómenos dinámicos, los límites entre las minorías y las mayorías son fluctuantes; y, como ha recién dicho Carlos Peña, en un escenario exacerbado de identidades todos somos, en algún sentido, minorías. Sin ir más lejos, hace una semana apareció la siguiente carta en el diario *El Mercurio* a propósito del debate en torno a la nueva Ley de Matrimonio Civil:

² Como la raíz etimológica de la expresión lo indica, la justicia “anamnésica” intenta evitar el olvido. Una demanda de justicia anamnésica por parte de una comunidad indígena podría consistir, por ejemplo, en la reivindicación de su calidad de sujetos de la historia, esto es, de que se reconozca su papel en el proceso mediante el cual se ha urdido la cultura de la sociedad a la que esa demanda se dirige. Sobre la justicia “anamnésica” véase Jacques Derrida, *Fuerza de Ley* (1997). Sobre este punto véase también Carlos Peña, “Sobre las Demandas de los Pueblos Originarios en un Estado Constitucional” (2002), p. 30.

³ Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (2002), p. 412.

Bien nos haría a los católicos apelar a la propia conciencia y convicción en nuestra fe para sostener los valores en que creemos. Gracias a la ley del divorcio ya no nos escudaremos en ataduras legales para sostener un matrimonio para toda la vida. Y a medida que la sociedad “avanza” tendremos la posibilidad de vivir según nuestra creencia, siendo cada vez más *minoría*, como lo hacen muchos otros grupos de la sociedad⁴.

¿Qué debería hacer la Constitución? ¿Debería reconocer a todas las minorías? Difícil pregunta. En principio, creo que las constituciones deberían ser textos más bien breves, escuetos; distintos al texto hipertrofiado y farragoso de la Constitución de 1980, que se da el tiempo infinito para hablar de conceptos insufriblemente doctrinarios como “bien común”, o “la familia” como “núcleo fundamental de la sociedad” (como si hubiese un solo modelo de familia); o de detalles minuciosos y obsesivos como los canales de TV, el organismo que los regula, o el que regula el cine. Creo que esta enjundia e hipertrofia normativa puede explicarse por el hecho de que los constituyentes de la dictadura desearon intensamente congelar su presente y amarrar así para siempre todo el futuro. En razón de esta hipertrofia regulatoria, he oído a Pablo Ruiz-Tagle decir con agudeza que la Constitución de 1980 se parece a un “equeco”.

Si tuviéramos una práctica constitucional potente y culturalmente atenta (llevada a cabo por verdaderos jueces “hércules” como los sueña Dworkin), genuinamente comprometida con la libertad de expresión, y con una idea de igualdad que comprenda tanto el derecho a un trato igual como el derecho a ser tratado como igual (esto, sabemos, también es de Dworkin), y, además, un mecanismo razonable de redistribución de la riqueza; creo que no necesitaríamos de reconocimientos expresos de minorías en la Constitución. Estas tendrían la oportunidad de aparecer en el espacio de lo público por la propia práctica del sistema legal.

Pero, claro, las cosas no son así: hay grupos en la sociedad más silenciados que otros. Entre nosotros hay opiniones en el sentido de que uno de esos grupos son las personas de origen indígena (si bien mucho historiadores hoy debaten este punto). Estas opiniones han avanzado desde el cambio de régimen político en 1990. Una legislación materializó algo de ellas en 1993. Se creó una institucionalidad (la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI) que, según la Ley de Presupuesto, dispuso en 2003 de un presupuesto cercano a los 20 mil millones de pesos (el presupuesto destinado al Servicio Nacional de la Mujer, SERNAM, es de poco más de 5 mil millones y al Instituto Nacional de la Juventud es de 2

⁴ La carta fue escrita por Cristián Gardeweg y publicada el 31 de julio de 2003. El destacado es mío.

mil millones). Además, el Gobierno creó una “Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato”, que hace poco entregó diversas propuestas de política sobre la población indígena.

Entre estas propuestas se contempla el reconocimiento constitucional. Este se hace a los “pueblos” indígenas, es decir, se reconocen colectivos sociales y no individuos de origen indígena. Yo no estoy de acuerdo con esta propuesta.

No estoy en desacuerdo con el reconocimiento: en principio, no me parece irrazonable que haya un reconocimiento público más explícito a la diversidad étnica de la sociedad chilena. Tampoco estoy en desacuerdo que este reconocimiento se haga a nivel constitucional, aun cuando, como dije, a la Constitución de 1980 habría que sacarle contenidos antes que seguir agregándole nuevos.

Lo que no me parece es que el reconocimiento se haga a “pueblos” indígenas, ni tampoco que se haga estableciendo o facilitando que se establezcan supuestos “derechos” colectivos. No digo esto porque me preocupen las consecuencias que pueda tener en el derecho internacional, ni porque esto pueda alentar secesiones, ni porque crea que hay sólo una “nación” chilena (o deba haberla), ni menos porque crea que hay una sola raza (o deba haberla). Nada de lo anterior me preocupa. Lo que me preocupa es algo distinto: es la consagración individualizada de colectivos sociales en la Constitución.

De prosperar esta iniciativa, entre las personas y el Estado habría ciertos colectivos indígenas, con una determinada potestad normativa (consagrada constitucionalmente) y titulares de ciertos “derechos” colectivos. Esto no es razonable, ya que con seguridad generará tensiones políticas, constitucionales y, también, inamovilidad de recursos (que impactará negativamente en el bienestar de quienes se busca favorecer y ayudar a que salgan de su condición de “pobres entre pobres”. La IX Región, sabemos, es la más pobre del país).

Se dice que los “derechos colectivos” pueden tener dos caras: una externa y otra interna. La primera tiene por objeto dar al colectivo “visibilidad”, de manera que no sean ignorados cuando se diseñan políticas públicas que los afecten. La segunda busca dar al colectivo un poder de coacción sobre sus miembros. La primera se acepta y esta segunda se rechaza. En Chile, dicen, sólo se persigue la primera, la externa⁵.

Creo, sin embargo, que por mucho que digamos que el poder dado a los “pueblos” tendrá sólo una cara “externa”, es muy difícil asegurar insti-

⁵ Para esta distinción véase, por ejemplo, Will Kymlicka, *Ciudadanía Multicultural* (1996), pp. 57 y ss.

tucionalmente que una vez definidos en la Constitución tales colectivos, no se creen poderes “internos” sobre las personas y los recursos. Es como concentrar constitucionalmente poder. ¿Para qué, si lo que debería hacerse constitucionalmente es dispersar lo más posible el poder?

Sé que en esto hay opiniones discrepantes, pero a mí la noción de “derechos” y “colectivos” me parecen refractarias entre sí. La técnica de los derechos, el “lenguaje” de los derechos, me ha parecido siempre una de las sutilezas más bonitas del pensamiento político y legal moderno. Los derechos suponen, además, una fina y sutil “técnica” legal. Toda esta sofisticación y sutileza se esfuma si se deja de pensar en tales derechos como títulos individuales o, dicho de otra manera, si se les deja de pensar “técnicamente”. Puestos en la Constitución, los derechos son una herramienta destinada a proteger a los individuos del poder. Al pensarlos colectivamente, lo que se hace es concentrar un poder frente a ciertos individuos. Si esto es lo que se quiere hacer, es preferible no hablar de derechos. Parece mejor hablar de autonomía o de ámbitos de competencia, conceptos más cercanos a la política. Uno de los problemas al hablar aquí de derechos es que este concepto tiende a excluir a la política.

Esto no significa que yo crea que hay sólo individuos y Estado. Es obvio que hay innumerables colectivos sociales: familias, clubes, partidos políticos, empresas, iglesias, etc. También creo que estos colectivos sociales poseen recursos que son distintos a los que pueda tener cada uno de sus miembros.

La Constitución del 80 ya no puede ser más explícita en esto. Siguiendo las tendencias corporativistas de algunos miembros de la Comisión Ortúzar y del Consejo de Estado, el Capítulo I, las llamadas “Bases de la Institucionalidad”, exuda una visión orgánica de la sociedad, reconociendo y celebrando sus “cuerpos intermedios”. Mirado el asunto desde esta perspectiva, los indígenas organizados colectivamente ya estarían reconocidos en la Constitución. Si son un colectivo, son un “cuerpo intermedio”.

Los cuerpos intermedios son una cuestión delicada. Desde las empresas a las iglesias y a los partidos políticos, la tendencia de cualquier cuerpo intermedio es a concentrar poder. Por esto creo que, en principio, el Estado debe evitar endosar grupos intermedios particulares pues esto garantiza muy férreamente el poder que éstos pueden concentrar. La historia a partir de la consagración constitucional de cuatro canales de TV que se hizo en Chile en 1970 enseña sobre las nefastas consecuencias que se derivan de un reconocimiento constitucional de colectivos específicos⁶.

⁶ Al respecto puede verse Lucas Sierra, “Cambios Legales de la TV en Chile: Una Historia para No Repetir”, *El Mercurio*, 26 de marzo de 2000, p. E20.

Por esto creo que los colectivos deben formarse desde “abajo” y no por obra y gracia de la Constitución, desde arriba hacia abajo. Que se formen desde abajo quiere decir que se confía en la voluntad de las personas: las personas forman el colectivo y el Estado lo reconoce. El reconocimiento constitucional de “pueblos” me da la sensación de invertir la ecuación.

Reconocer “pueblos” es comprarse un problema. Siempre existirá respecto de ellos el peligro de *hipostasiar* el lenguaje, es decir, de darle al colectivo una realidad ontológica que excede a los individuos que la componen. Siempre existirá, además, el peligro de que se formen divisiones al interior de un mismo “pueblo”: ¿Cuál será el “verdadero”, el que reconoce la Constitución?

Por esto creo que el reconocimiento debe hacerse a nivel individual, es decir, reconocer que hay chilenos y chilenas indígenas, que hay personas de distinto origen étnico, o algo parecido. Con esto se logra perfectamente el deseado reconocimiento al destacar y dar visibilidad pública. Un reconocimiento así, individual, en las “Bases de la Institucionalidad”, serviría igualmente para todos los objetivos que se desean: servir de criterio interpretativo frente al sistema jurídico, legitimar una cierta discriminación positiva y determinadas políticas estatales equiparadoras. Todo ello, sin el riesgo que implica estar creando colectivos con varias potestades y, más encima, con el poder que implica un reconocimiento constitucional. Reconocimiento, entonces, pero a nivel individual.

El reconocimiento individual, además, ahorra al Estado la problemática necesidad de definir los colectivos a reconocer. La definición de los pueblos y sus fronteras arriesgará siempre arbitrariedad y exigirá niveles de información que un organismo centralizado tiene escasa posibilidad de recolectar. Se dice que los indígenas tienen “muy altos costos de coalición”. Si esto es así ¿no sería mejor alguna política destinada a que ellos puedan bajar esos costos antes que una destinada a precisar, mediante una decisión estatal, cuál será esa coalición? No creo que “crearles un sentido de identidad” a través de una decisión estatal sea factible y correcto de hacer. Lo que el Estado debería hacer es apoyar a los indígenas para que ellos mismos puedan forjar su identidad, la que, sabemos, es siempre móvil y maleable. No debería en ningún momento la comunidad política decidir por ellos⁷.

⁷ Luego del Congreso en que este texto fue leído, Pablo Ruiz-Tagle me hizo la observación de que la Constitución ya reconocía colectivos, como los partidos políticos. Esto sin duda es así. La diferencia entre estos colectivos y los “pueblos” indígenas es que los primeros están sometidos a reglas abstractas y formalizadas. Los “pueblos” indígenas, en cambio, son solamente ocho, y sus reglas no están formalizadas pues son consuetudinarias.

Obviamente, hay una relación recíprocamente funcional entre el reconocimiento como pueblo y la concesión de poderes en forma de los llamados “derechos colectivos”. Mi sensación es que esta combinación sólo tenderá a mantener o agravar los problemas indígenas desde el punto de vista del bienestar. Las ideas de pueblo y derechos colectivos inducen a pensar formas forzosas de propiedad colectiva. Para mí, Andrés Bello no andaba desencaminado al mirar con ojos escépticos las comunidades patrimoniales, sobre todo las forzosas. Este escepticismo implica reforzar la voluntad de los individuos a la hora de poner bienes en común y recelar de un arreglo en que el papel de la voluntad es reducido al mínimo. Esto, porque ellas entran la circulación de bienes que de otra manera se podrían transar fluidamente y generar riqueza, es decir, aumentar el bienestar.

Insisto, aquí el sentido de la política indígena debería ser también desde “abajo hacia arriba”. Si los indígenas, reconocidos como personas de un origen especial, desean poner su patrimonio en común, el Estado debe aceptar esta decisión. No debería el Estado tomarla por ellos. Hacerlo es paternalista y muy riesgoso desde el punto de vista del bienestar. Incluso desde un punto de vista político: ¿Cómo garantizamos que la definición estatal de un patrimonio colectivo no sea más que la formalización de una estructura de poder cuya única justificación no sea otra que la simple fuerza, la mera tradición, o ambas cosas juntas?

En el marco de una justicia reparatoria en términos patrimoniales (a la que la comunidad política destina recursos fiscales), la tarea del Estado debería ser la definición de derechos individuales de propiedad, vigilar para que este proceso de “propietarización” sea hecho sin presiones indebidas y luego, si los nuevos titulares desean poner su propiedad en común, que puedan hacerlo expeditamente. Creo que hacer esto es el único camino para no entronizar a los indígenas como agentes económicos de segunda clase. Hay razones de principio que justifican esto y también claras razones asociadas al bienestar. Si el reconocimiento se hace como pueblos, colectivamente, esos objetivos se verán dificultados al grado de imposibilidad. El reconocimiento individual, en cambio, podría abrir la puerta a su materialización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Derrida, Jacques. *Fuerza de Ley*. Madrid: Tecnos, 1997.
- Dworkin, Ronald. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2002.
- Gardeweg, Cristián. Carta al Editor. *El Mercurio*, el 31 de julio de 2003.

Kymlicka, Will. *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

Peña, Carlos. "Sobre las Demandas de los Pueblos Originarios en un Estado Constitucional".

Serie *Documentos de Trabajo*, N° 343, Santiago, CEP, 2002.

Sierra, Lucas. "Cambios Legales de la TV en Chile: Una Historia para No Repetir". *El*

Mercurio, 26 de marzo de 2000, p. E20.

Taylor, Charles. *The Ethics of Authenticity*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press,

1992. □