

Minuta
Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento del Senado
Boletín 13.129-07
Santiago, 2 de septiembre, 2020

Alejandra Precht R. & Claudio Fuentes S¹.

A continuación realizaremos algunas observaciones al Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que incorpora la figura de escaños reservados para los pueblos originarios en la Convención para redactar una nueva Constitución. Los puntos que se proponen considerar se basan en criterios objetivos, tomando en consideración la legislación actualmente vigente, incluidos los principios de buena fe, auto identificación e inclusión reconocidos en instrumentos internacionales reconocidos por Chile como también la naturaleza propia del proceso constituyente.

1. La figura de los escaños reservados en cuerpos colegiados no es novedosa

Debemos partir indicando que la figura de los escaños reservados no es algo inusual en los sistemas democráticos al menos en lo que se refiere a Congresos o Parlamentos. En poco más de 40 países se han establecido este tipo de mecanismos basados en criterios de etnicidad, naciones, religión y representación territorial. Su establecimiento puede deberse a la idea de contar con mecanismos de acción afirmativa para representar grupos que históricamente han estado sub-representados, o bien para permitir la expresión política de agrupaciones o colectivos que conviven en un mismo territorio. En definitiva, se busca generar mecanismos institucionales de relacionamiento entre los Estados y los pueblos originarios, siendo el proceso constituyente un campo propicio para ello

En el caso de la representación de pueblos indígenas se suma un tercer criterio asociado al principio de la autodeterminación vigente en instrumentos internacionales (v.g. Preámbulo y art. 1º del Convenio 169 de la OIT; art. 3, 4, 5, 16, 20, 23 y 34 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; en los artículos I.2, de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

¹ Alejandra Precht R. es profesora de derecho indígena LLM-UC en la Pontificia Universidad Católica de Chile y Claudio Fuentes S. es profesor Universidad Diego Portales e Investigador Centro de Estudios Interculturales e Indígenas.

Tabla 1. Mecanismos que favorecen grupos específicos

Etnicidad	Nación	Religión	Geografía
Bolivia	Alemania	Bután	Dinamarca
Chipre	Bélgica	Irán	Finlandia
Colombia	Bosnia	Jordania	Fiji
Etiopía	Croacia	Libano	Gran Bretaña
Estados Unidos	Dinamarca	Palestina	Jordania
Fiji	Eslovenia	Pakistán	Kiribati
India	Gran Bretaña	Sri Lanka	Nigeria
Mauricio	Kosovo	Tanzania	Tanzania
Ruanda	Nueva Zelanda	Tibet	
Samoa	Macedonia		
Singapur	Polonia		
Sri Lanka	Rumania		
Sudáfrica	Ucrania		
Taiwán			
Venezuela			
Zumbawue			

Fuente: Reynolds (2005) y Fuentes y Sánchez (2018).

Por último, quisiéramos hacer presente que el proceso constituyente difiere del legislativo. 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 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. Pero, además, a diferencia de otros grupos, la participación 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.

2. Quiénes debiesen quedar representados

Entre los proyectos existe ya un consenso que los pueblos indígenas deben estar representados particularmente en un cuerpo colegiado que definirá la Constitución. Sin embargo, queremos señalar que, siguiendo el principio de legalidad, **todos** los pueblos originarios mencionados en la Ley N°19.253, deben estar representados sin exclusión, pues la ley no hace distinción en esta materia.

Ello incluye a:

- a) Mapuche
- b) Aymara
- c) Rapa Nui
- d) Atacameño
- e) Quechua

- f) Colla
- g) Diaguita
- h) Kawásqar
- i) Yagán

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, los que debieran contar con escaños si los proyectos se aprueban de manera previa a la inscripción de las candidaturas.

3. El principio de la representación debiese considerarse en relación a la población

En las propuestas de los honorables senadores y senadoras, existe una fuerte diferencia en el número total a designar y que van entre 8 escaños sin modificar el número total de convencionales hasta 27 escaños adicionales a la conformación actual. Estimamos que la definición que se tome al respecto debe basarse en el principio de razonabilidad y en aras de ello, creemos que debe tomar en cuenta el total de la población. De esta forma se resguarda el principio de la legalidad vigente y como veremos ello es más cercano al criterio de representatividad que se utiliza para determinar el número de constituyentes en relación al total de la población.

En relación a la legalidad, estimamos que la Ley Indígena en su artículo 6º es clara al señalar que *“los censos de población nacional deberán determinar la población indígena existente en el país”*. Además, 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 colectiva, conforme a las prácticas e instituciones de cada pueblo indígena”*² En el mismo sentido, el artículo 1.2 del Convenio N°169 de la OIT.

En relación a la representatividad si consideramos, la proporción de legisladores actuales en el país (198) en relación a la población de Chile (17.1 millones al 2017), observamos que existe una proporción de 1 representante por cada 110.322 habitantes para diputados y 1 representante por cada 397.674 habitantes para senadores. En términos de representación, Chile se encuentra un poco sobre el promedio mundial, pero tiene una mejor representación que los países que están en el rango de 10 a 49 millones de habitantes.

Tabla 2. Proporción de representantes por habitantes en Chile

Chile	Número representantes	1 representante por cada....
Senadores	43	397.674 hab.
Diputados	155	110.322 hab.

² Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 1.2.

Total	198	86.364 hab.
-------	-----	-------------

Tabla 3. Chile y el mundo (Legislaturas)

	N total Países	1 representante por cada...
Promedio mundial	139	...85.000 habitantes
Países -1 millón de habitantes	36	...5.000 habitantes
Países de 1 a 9,9 millones	45	...38.000 habitantes
Países de 10 a 49 millones	37	...92.000 habitantes
Chile	1	...86.364 habitantes
Países de 50 a 99 millones	11	...116.000 habitantes
Países de 100 a 340 millones	9	...338.000 habitantes
India	1	...1.700.000 habitantes

Lo anterior es relevante por cuanto lo que debiese buscarse en una representación que se ajuste a un número de población que en promedio sea razonable. La propuesta de Convención Mixta y Constitucional tal como está actualmente definida (172 y 155 integrantes respectivamente), se escapan de la proporción tanto respecto del promedio mundial como respecto de países con similares niveles de población dado que se acercan a la relación de 1 representante por cada 100 mil habitantes.

Las propuestas de Escaños reservados presentadas ante la Comisión, dado que en su mayoría aumenta los escaños de ambas Convenciones, lo que estaría provocando es mejorar ostensiblemente la proporción representantes/población. En las propuestas, mientras mayor es la cantidad de representantes, mejor será la relación entre representantes y la población que se pretende representar.

Tabla 4. Proporción de asientos/habitantes. Propuestas para Convención

	N	1 representante por cada
Convención Mixta sin escaños	172	...99.418 hab.
Convención Constitucional sin escaños	155110.322 hab.
+ Escaños reservados		
Propuesta Latorre/Navarro CM 172 + 27	199	...85.929 hab.
Propuesta Latorre/Navarro CC155 + 25	180	...95.000 hab.
Propuesta Rincón et al. CM 172 + 25	197	...86.802 hab.
Propuesta Rincón et al. CC 155 + 23	178	...96.067 hab.
Propuesta Goic CM 172 + 24	196	...87.244 hab.
Propuesta Goic CC 155 + 24	179	...95.530 hab.
Propuesta Von Baer et al CM 172	172	...99.418 hab.
Propuesta Von Baer et al CC 155	155110.322 hab.
Propuesta Ebensberger et al CM 172	172	...99.418 hab.
Propuesta Ebensberger et al CC 155	155110.322 hab.

Con el objetivo de tener una idea de las proporciones de representación de los escaños indígenas, si por ejemplo se establecieran 20 escaños adicionales indígenas,

la proporción de representación de cada representante en relación a la población indígena (2.2 millones), sería de 1 cada 110.000 indígenas. Si en cambio es establecieran 10 asientos adicionales, la proporción sería de 1 representante por cada 220 mil indígenas.

Otro modo de establecer un cálculo es a través de una regla de tres que considere la proporción de habitantes en relación al número de escaños a obtener. Si entonces, una Convención de 155 representa a 14.9 millones no indígenas, en términos de escaños reservados debiesen ser aproximadamente 23 escaños. Si la Convención es de 172 asientos para no indígenas, la proporción debiese ser de 25 escaños para indígenas.

Tabla 5. Número de asientos en proporción de la población total.

	Total Población (Censo 2017)	Total Población No indígena	Total Población Indígena
	17.1 millón	14.9 millón	2,2 millón
Número representantes		155	23
Número representantes		172	25

Cabe advertir, que en la propuesta de la senadora von Baer en conjunto con los senadores Galilea y Kast también se establece el principio de proporcionalidad al indicarse que “el número de escaños reservados del distrito indígena se calculará de acuerdo al porcentaje del padrón nacional que representa el número de personas inscritas en el padrón especial indígena”. Bajo este criterio, y si se inscribieran el total de las personas indígenas que se auto-identifican como tales y que son mayores de 18 años, les correspondería el 10,7% de los asientos, es decir, 16 asientos en el caso de Convención Constitucional y 18 asientos en el caso de la Mixta³. No obstante, tal como argumentaremos a continuación advertimos serios problemas en la posibilidad de concretar un proceso especial de registro en el marco del presente proceso constituyente.

En efecto, la definición de la cantidad de asientos a partir de un padrón especial indígena tiene en la actualidad tres problemas. El primero la disposición expresa que sobre el censo hace la Ley Indígena. El segundo, es que estamos en un momento excepcional, dada la pandemia y sumada la lejanía en que habitan mucho de los miembros de tales pueblos, ello podría hacer imposible la inscripción en el Registro, con la consecuente sub representación de los pueblos originarios. Esto atentaría el principio de buena fe, puesto que se crearía un mecanismo que no parece idóneo

³ Si se registrara el total de personas que se autoidentifican como indígenas mayores de 18 años, se conformaría de un padrón que como mínimo tendría 1.589.210 electores (según censo 2017). Aplicando ese principio, y considerando que el padrón nacional es de 14.791.476 (junio 2020), el porcentaje sería de 10,7% de los escaños, es decir, 16 escaños en el caso de la Convención Constitucional, y 18 escaños en el caso de la Mixta. Debe advertirse que en esta propuesta los escaños se descuentan los distritos con mayores asientos, manteniéndose el número total de escaños en 155 y 172 respectivamente.

para que las comunidades puedan ejercer su derecho a participar mediante mecanismos adecuados a la realidad que vive el país. El tercero, dice relación con la dificultad actual sobre el cruce de estadísticas entre el registro civil, el SERVEL y otras instituciones del Estado. Sabemos, por ejemplo, que todavía existe en el padrón electoral personas fallecidas y que hay problemas de compatibilizar bases de datos⁴.

En menos de dos meses resultaría, a nuestro juicio, impracticable implementar un registro indígena propio, puesto que la generación de un padrón indígena debe ser realizado entre el 26 de octubre y fines de noviembre de este año, toda vez que 140 días antes de las elecciones del 11 de abril de 2021, el SERVEL debe contar con el padrón electoral.

Por último, si para formar el padrón se deseara utilizar como base la información que tiene actualmente CONADI, ello nos parece inadecuado por los siguientes motivos:

- a) La Ley Indígena, no le entrega facultades en tal sentido a CONADI. Esta Institución detenta un rol muy limitado, que se acota a la entrega de un certificado que acredita la calidad indígena a petición del interesado (art. 3º Ley Indígena), lo cual ocurre generalmente para poder optar a beneficios. En la propia historia de la ley se advierte que se rechazó la propuesta del H. Senador Cantuarias que pretendía que la calidad indígena se acreditara de forma imperativa por la el certificado que emanaba de CONADI⁵. Finalmente es la propia ley la que otorga la calidad indígena⁶.
- b) Existe un problema práctico respecto del registro de personas que tiene la CONADI. De acuerdo a información obtenida vía Transparencia, la base de datos al 20 de julio de 2020 con 1.046.379 personas. Sería importante que el Senado pudiese averiguar el estado en que se encuentra esta base de datos dado que según lo que pudimos recabar no se encuentra actualizada, porque simplemente es una base acumulada de registros.
- c) Los registros a que hace mención la Ley Indígena provienen de las asociaciones y comunidades indígenas, cuya finalidad difiere de la perseguida (art. 9 y ss. y 36 y ss. Ley Indígena).
- d) Por último, tomar como base los registros de comunidades, asociaciones o personas indígenas, a nuestro 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

⁴ El Presidente del SERVEL, Patricio Santamaría reconocía que el problema de los fallecidos no quedaría resuelto con el padrón para el plebiscito que aún tiene más de 5 mil inscritos con más de 130 años, *Cooperativa*, 24 julio 2020.

⁵ Historia de la ley 19.253. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago, Chile. 1997. Página 396 (Sesión 20ª- Anexo Documentos)

⁶ Lo mismo ocurre por ejemplo en relación a los derechos de aguas ancestrales y de algún modo la certificación a través del procedimiento del art. 2º transitorio del Código de Aguas.

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. Principio de paridad

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.

Esto es coherente 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”* (art. 3 N°2 del Convenio 169 de la OIT). La Corte Interamericana, aunque en materia de derecho sucesorio, falló en el mismo sentido⁷.

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 (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%.

5. La auto-identificación de los electores al momento de votar

Otro tema relevante a resolver se refiere al modo en que se procederá a establecer la calidad del elector que puede participar de la votación en las listas que se establecen para pueblos indígenas y tribales. Al respecto, sugerimos tal como algunas indicaciones lo proponen, establecer el mecanismo de auto-identificación al momento de recibir la cédula para votar.

Resultará prácticamente imposible entre el 26 de octubre y comienzos de diciembre encargar al SERVEL el realizar un padrón electoral que involucrará más de un millón de electores. Pero además, se requiere de un tiempo prudente para informar a los ciudadanos respecto de la posibilidad de registrarse en un padrón especial.

⁷ Corte IDH caso “Aloeboetoe y otros vs Surinam”, fallo de 10 de septiembre 1993.

El modo más eficiente para los electores es contar con cédulas especiales para la votación indígena, y que al momento de sufragar las personas pueden elegir. De este modo se resguarda el principio de buena fe, al contar con un mecanismo simple que promueve la participación.

6. Distrito electoral único indígena (DUI)

Tal como algunas propuestas lo han expresado, sugerimos un distrito electoral único con 9 listas (eventualmente podrían ser mas listas de aprobarse el reconocimiento a otros pueblos).

Lo anterior resguarda de mejor manera el principio de participación de todos los pueblos originarios en el proceso constituyente; y además permite resolver el tema de la migración intra-nacional de los pueblos indígenas.

7. Acreditación candidaturas.

Resulta razonable una acreditación de candidaturas tal como varias de las propuestas lo indican, esto es, que la candidatura además de los requisitos establecidos en el artículo 13 de la Constitución deberán cumplir con otros específicos dada la naturaleza de los escaños reservados.

En primer lugar, nos parece de suyo importante acreditar domicilio electoral en las regiones específicas del pueblo al que representarán, puesto que es el territorio un elemento esencial de la identidad indígena reconocido en nuestra ley y en los tratados internacionales.

El patrocinio también nos parece un elemento importante, pero creemos acorde a la legalidad vigente incluir no sólo como medio para otorgar dicho patrocinio a las agrupaciones creadas por la Ley Indígena (comunidades y asociaciones), sino también a las instituciones tradicionales. Algunas de estas instituciones incluso están mencionadas en la Ley Indígena: Cacicados y Consejo de Ancianos (art. 61 y 63).

8. Otras medidas de financiamiento electoral a considerar

Compartimos la preocupación expresada en algunas indicaciones sobre la necesidad de establecer una franja electoral indígena para promover en televisión las candidaturas respectivas y establecer reembolsos por gastos de campañas. A lo anterior podría agregarse la necesidad de establecer una franja radial gratuita similar a la televisiva, dado que en este caso se justificaría de modo particular por los altos niveles de población rural y el intensivo uso de la radio como medio de comunicación habitual.

