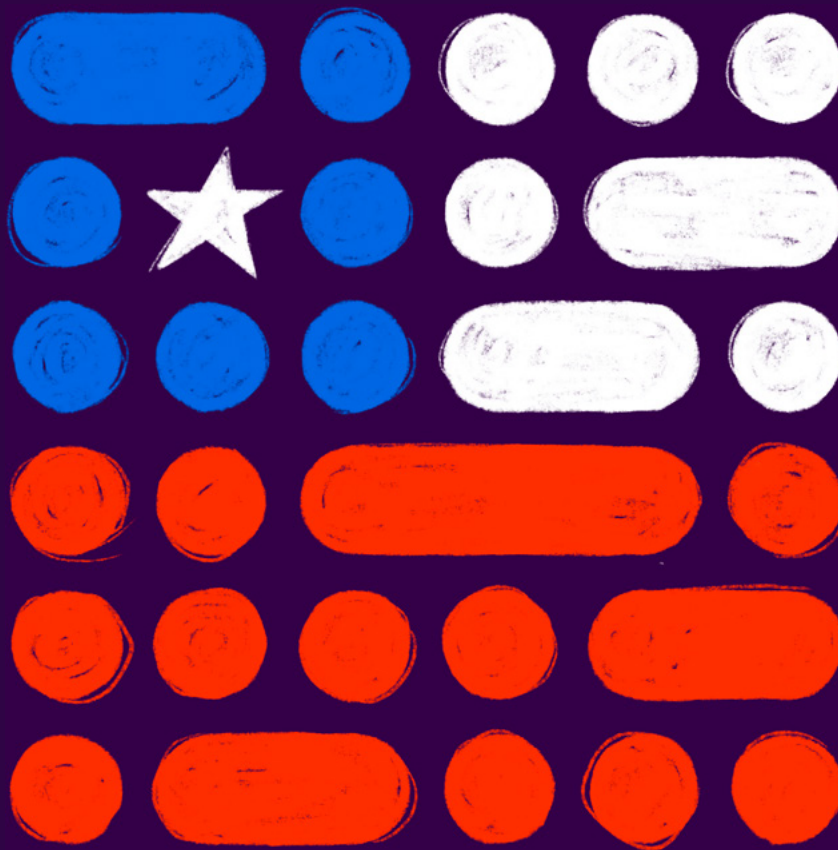


¿CONSTITUCIÓN INDIGENISTA?

ANÁLISIS DE NORMAS REFERIDAS A DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS EN LA PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA EMANADA DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO



OBSERVATORIO
CIUDADANO



Financiado por
la Unión Europea



© Observatorio Ciudadano | Julio de 2022

Autor:

- José Aylwin

Entidad editora:

- Observatorio Ciudadano

Esta publicación fue producida con el soporte financiero de la Unión Europea. El contenido es de total responsabilidad del Observatorio Ciudadano y no necesariamente refleja las ideas de la Unión Europea.

Artículo liberado bajo licencia Creative Commons



Licencia Creative Commons:

Reconocimiento - No comercial - Compartir igual: El artículo puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se reconoce la autoría en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial y las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original. Más información en: <http://creativecommons.org>

OBSERVATORIO CIUDADANO | Antonio Varas 428 | Temuco - Chile
+56 45 2 213963 | +56 45 2 218353 | contacto@observatorio.cl

¿CONSTITUCIÓN INDIGENISTA?

ANÁLISIS DE NORMAS REFERIDAS A DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS EN LA PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA EMANADA DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

José Aylwin^{*}

Luego de un año de arduo trabajo, la Convención Constitucional (en adelante CC) dio a conocer el 4 de julio pasado su Propuesta de Constitución Política de la República, la que será sometida a plebiscito el 4 de septiembre próximo. Aunque los detractores de esta propuesta constitucional han formulado múltiples críticas al texto constitucional - entre ellas el “excesivo” reconocimiento de derechos y la inexistencia de disposiciones que establezcan deberes de la ciudadanía, el sistema político establecido en el texto, el derecho al aborto en ella consagrado-, una de las críticas más frecuentes que se le hacen versa sobre la protección que en ella se establece a los derechos de pueblos indígenas. Así se ha señalado que las disposiciones sobre la materia establecen “privilegios” en favor de estos pueblos y de sus integrantes que atentan contra la igualdad de todos los chilenos. También se ha sostenido que los derechos reconocidos en ellas, como la libre determinación y las autonomías indígenas, constituyen una amenaza a la unidad del Estado. Se ha sostenido también que las disposiciones que tratan sobre la materia van más allá del estándar del derecho internacional sobre la materia, así como también de los contenidos del constitucionalismo contemporáneo, incluyendo el constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas sobre estos pueblos. Reforzando dichas críticas, hay quienes argumentan además que las disposiciones permanentes de

¹ *Abogado, Coordinador del Programa de Globalización y Derechos Humanos del Observatorio Ciudadano.

la propuesta constitucional referidas a los pueblos indígenas y a sus derechos, a la plurinacionalidad e interculturalidad del Estado consustancial a su reconocimiento, son excesivas en número. Todo ello, señalan los críticos, harían de la futura carta fundamental, de ser aprobada, una “constitución indigenista”.

Estas críticas, como se verá en este informe, carecen de fundamento. Para constatar lo anterior, en este documento de trabajo se analizará la consistencia de las normas referidas a estos pueblos contenidas en la Propuesta de Constitución de la República (2022) emanada de la CC,² con el derecho internacional aplicable a estos pueblos y a sus derechos. Al hacerlo tendremos presente en particular el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante el Convenio 169), ratificado por Chile. También se consideran la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante Declaración de Naciones Unidas) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante Declaración Americana), ambos instrumentos suscritos por Chile. Además, se tendrá presente los instrumentos de generales de derechos humanos, entre otros el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante Pacto IDCP), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante Convención EDR), la Convención Internacional de Diversidad Cultural, todas ellas de Naciones Unidas y ratificadas por Chile. Asimismo, tendremos en consideración la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (en adelante Declaración Americana) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en adelante Convención Americana), la primera suscrita y la segunda ratificada por Chile. En este análisis se considerará, además, la interpretación del contenido de las disposiciones de estos instrumentos internacionales aplicadas a pueblos indígenas que ha sido hecha por los órganos que los supervisan. Al respecto cabe señalar que el reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas en estos instrumentos, en particular los tratados internacionales ratificados por Chile, adquieren mayor relevancia toda vez que la propuesta constitucional formulada por la CC dispone en su artículo 15 que los derechos y obligaciones contenidos en estos tratados forman parte de la Constitución y por lo mismo tienen jerarquía constitucional.³ Junto a ello se analiza la consistencia de las normas del texto

² Convención Constitucional (Julio 2022). Propuesta Constitución Política de la República 2022. Disponible en <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>

³ Artículo 15. “Los derechos y las obligaciones establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de la misma materia forman parte integral de esta Constitución y gozan de rango constitucional.”

constitucional propuesto por la CC sobre estos pueblos con el derecho comparado referido a ellos, poniendo especial atención en el derecho constitucional Latinoamericano, así también en el derecho constitucional y/o legal existente en otros contextos del mundo⁴.

Del análisis realizado podemos concluir que las materias abordadas en las disposiciones de la propuesta constitucional emanada de la CC en relación a estos pueblos son, en su enorme mayoría, consistentes con el derecho internacional que les es aplicable. Las disposiciones de la propuesta de Constitución emanada de la CC son también, como veremos en este análisis, plenamente consistentes con los contenidos del derecho constitucional aplicable a estos pueblos en América Latina, así como el derecho constitucional y/o legal existente en otros continentes a nivel global.

Por último, si bien es efectivo que existe una cantidad importante de normas referidas a los pueblos indígenas en el texto constitucional propuesto por la CC, ello debe analizarse teniendo en perspectiva dos antecedentes. El primero dice relación con que Chile, junto a Uruguay, donde los pueblos indígenas fueron casi totalmente exterminados en el pasado, son los únicos estados en la región latinoamericana cuyas constituciones hasta la fecha desconocen absolutamente la existencia y derechos de los pueblos indígenas. Como reacción lógica frente a esta negación, los y los convencionales escaños reservados de pueblos indígenas en la CC promovieron un amplio reconocimiento de su existencia y derechos, lo que se refleja en la abundante normativa constitucional sobre la materia. Por otra parte es necesario dar cuenta que, de acuerdo a cifras oficiales la población indígena en Chile constituyen un 12.8% de la población total del país.⁵ Si consideramos que el texto constitucional propuesto por la CC contiene un total de 35 disposiciones que refieren expresamente a los pueblos o naciones indígenas y sus derechos o a la plurinacionalidad, del total de 388 disposiciones permanentes que esta contiene, constatamos que estas son proporcionales a la demografía indígena existente en el país, y por lo mismo no deben considerarse como excesivas.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que las disposiciones sobre pueblos indígenas de la propuesta emanada de la CC, lejos de hacer del texto constitucional a ser plebiscitado en septiembre próximo uno de carácter indigenista, van en la dirección de la tendencia del tratamiento de la diversidad étnica indígena hoy prevaleciente en el derecho internacional y comparado. Dicha tendencia, de la

⁴ Se consideran los marcos legales sobre los derechos de pueblos indígenas, en particular en estados fuera de la región, los que no siempre cuentan con un reconocimiento de jerarquía constitucional en la materia

⁵ Instituto Nacional de Estadística. Censo de población 2017. Disponible en: <http://www.censo2017.cl/>

que la Constitución de 1980, al no referir a estos pueblos, estaba completamente ausente, tiene por objeto poner fin a la negación de su existencia y derechos de que estos pueblos han sido víctimas a lo largo de la historia republicana. Ello con las consecuencias de discriminación y marginación de estos pueblos y de sus integrantes en todas las esferas de sus vidas – política, económica y social–, discriminación que en nuestro país está a la base de la creciente conflictividad entre dichos pueblos y el Estado. Lejos de amenazar la unidad del Estado, las disposiciones de la propuesta constitucional emanada de la CC vienen a poner término a la ficción del Estado-Nación, reconociendo la pluralidad de naciones existentes en su interior, todas ellas regidas por la misma carta fundamental. También vienen a establecer las bases para una redistribución del poder político y territorial, redistribución que resulta fundamental para la superación de la confrontación hoy existente, en particular entre el pueblo mapuche y el Estado. Junto a ello las disposiciones de propuesta constitucional promueven una interculturalidad que fortalecerá la diversidad, y consecuentemente, la riqueza cultural de nuestro país.

Finalmente, y lejos además de establecer sectores privilegiados en la propuesta de nueva Constitución, como también se ha afirmado por los detractores de sus normas sobre la materia, sus disposiciones proponen un camino de hacer efectiva la igualdad para todos y todas quienes habitamos Chile, igualdad de la que los sectores conservadores en nuestro país han sido tan partidarios en el discurso, pero tan refractarios en la práctica al negarse por tanto tiempo a toda transformación que amenace sus privilegios.

ANÁLISIS DE PRINCIPALES ÁMBITOS DE LAS DISPOSICIONES SOBRE DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS CONTENIDAS EN LA PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN

Son muchas las temáticas abordadas y conceptos incorporados en las normas de propuesta de constitución elaborada por la CC en relación a los pueblos indígenas y a sus derechos. Para su análisis a la luz del derecho internacional y comparado las hemos agrupado en los siguientes ejes temáticos:

1. Reconocimiento de los “pueblos y naciones indígenas” y de sus derechos colectivos e individuales

La propuesta de nueva constitución emanada de la CC utiliza los términos “pueblos y naciones indígenas” para referir a los pueblos originarios a lo largo de su articulado. El término pueblos indígenas es plenamente consistente con los instrumentos de derecho internacional específicamente referidos a ellos, incluyendo entre estos el Convenio 169, la Declaración de Naciones Unidas y la Declaración Americana. Tales instrumentos reconocen la categoría de pueblos indígenas a lo largo de su articulado. Como señala el Preámbulo del Convenio 169, refiriendo al Convenio 107 de 1957 referido a las “poblaciones indígenas”, en este Convenio se adoptan nuevas normas y conceptualizaciones “a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.” En el derecho constitucional comparado el concepto de pueblos encuentra acogida en la mayor parte de los Estados latinoamericanos (Argentina, 1994; Bolivia, 2009; Ecuador, 2008; México 1917 reforma 2001; Nicaragua, 1986; Paraguay, 1992, Venezuela, 1999). También en la Constitución Política (PC) de Canadá de 1882 (Parte 1 Sección 25).

En cuanto a la utilización al término de “naciones indígenas”, si bien este término no es considerado en los instrumentos del derecho internacional aplicable a estos pueblos, este es utilizado en el derecho constitucional comparado. Cabe señalar que si bien desde las ciencias sociales se trata de

conceptos diferentes⁶, ambos términos han sido utilizado en el constitucionalismo latinoamericano como sinónimos. Es el caso de las CP de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), donde se utilizan ambas terminologías indistintamente o en forma complementaria. A nivel legislativo está incorporado en el caso de Canadá en numerosa legislación concerniente a los pueblos aborígenes o indígenas, o “primeras naciones” como también se les denomina.⁷

En cuanto a la referencia que se hace en la propuesta de constitución a los derechos colectivos e individuales de estos pueblos, cabe señalar que los instrumentos internacionales específicamente aplicados a pueblos indígenas protegen ambas categorías de derechos, esto es aquellos que les corresponden como pueblos y/o comunidades, así como a sus integrantes individualmente. Así, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT, junto con garantizar derechos colectivos de los pueblos dispone en su artículo 2 que los estados deben adoptar 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”. De la misma manera la Declaración de Naciones Unidas dispone en su artículo 1 que “[l]os indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales...”.

Indistintamente de su reconocimiento constitucional como pueblos y/o naciones indígenas, e incluso en algunos casos como comunidades indígenas (Honduras, 1982 ref 2005) Panamá, 1972; Colombia, 1991; Brasil, 1988; Guatemala, 1993; Perú, 1993), la mayor parte de las CP de la región reconoce el carácter colectivo de sus derechos. La mayoría de las CP de la región contiene además disposiciones generales de igualdad y no discriminaciones aplicables a las personas indígenas. Es el caso de la CP de Perú (1993), que refiere al derecho de las personas a su identidad étnica y cultural, o la de México (1917 reforma de 2001), que refiere al ejercicio de derechos de mujeres y hombres indígenas en condiciones de igualdad), poniendo así también acento en derechos individuales.

⁶ Para Stavenhagen las naciones son “...colectividades sociológicas basadas en afinidades étnicas y culturales, que comparten su percepción de dichas afinidades; pueden o no estar constituidas como estados, pero en cualquier caso pasan a tener esta calidad bajo determinadas circunstancias históricas, como cuando adquieren conciencia política (nacional)”. Los pueblos en tanto son “grupos étnicos, o etnias, que no han logrado esa conciencia nacional, o cuando menos no la han expresado, pero de todas formas están unidos por vínculos raciales, lingüísticos, culturales o nacionales que los distinguen de grupos similares y que crean conciencia entre sus miembros de su identidad común.” Stavenhagen. R. (2001) La cuestión étnica. El Colegio de México, México DF, p.17.

⁷ Ver <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100032317/1544710152570>

2. Preexistencia de los pueblos indígenas a los Estados

La preexistencia de los pueblos indígenas se encuentra establecida en el artículo 5 (Capítulo I Principios y Disposiciones Generales) de la propuesta de constitución elaborada por la CC.

La preexistencia de los pueblos indígenas a los Estados constituye un hecho objetivo indiscutido que es constatado por la historia y arqueología. Este hecho determina que sus derechos como tales sean anteriores a los estados y no encuentren su fundamento en el reconocimiento otorgado por ellos. Dicha preexistencia es reconocida por los instrumentos de derecho internacional que les son aplicables, en particular el Convenio 169 en su artículo 1.1.b cuando dispone que este se aplica a “...los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época ...del establecimiento de las actuales fronteras estatales.”

La pre existencia de estos pueblos es reconocida además por las CP de Argentina (1994); México (2017, reforma de 2001) y Paraguay (1992).

3. Plurinacionalidad e interculturalidad del Estado

La plurinacionalidad del Estado se encuentra establecida en el artículo 1 de la propuesta constitucional (Capítulo I Principios y Disposiciones Generales), en el artículo 190 (Capítulo VI Estado Regional y Organización Territorial), en el artículo 254 (Capítulo VII Poder Legislativo) y en los artículos 322 y 344 (Capítulo IX Sistemas de Justicia) y artículo 305 (Capítulo VIII Poder Ejecutivo). La interculturalidad se encuentra establecida directa o indirectamente en, entre otras normas de la propuesta constitucional de la CC, en los artículos 1, 5, 8, 11, 12, 13 (Capítulo I Principios y Disposiciones Generales); en los artículos 34, 35, 36, 44, 55, 58, 65, 92, 96, 100, 101, 102 y 108 (Capítulo II Derechos Fundamentales y Garantías); artículos 190 y 236 (Capítulo VI Estado Regional y Organización Territorial); artículo 322 (Capítulo IX Sistemas de Justicia).

Entendemos como plurinacionalidad del Estado, como lo hace Millaleo, como aquellas que existe en «Estados cuyos diseños institucionales reconocen diversas naciones o pueblos dentro de un

mismo orden constitucional”⁸. Lejos de la preocupación de que su reconocimiento resultaría en un fraccionamiento del Estado, consideramos que ella resulta en la integración de las diferencias dentro del Estado. Así, como señala Cruz Rodríguez, la plurinacionalidad “[n]o implica, pues, una desmembración del Estado o una fragmentación de la nación, sino una forma de integración que reconozca la diferencia indígena y la igualdad entre cultura.”⁹ La plurinacionalidad, es una forma de adecuar la ficción del Estado-nacional mono-étnico, que no se corresponde con la realidad en casi ningún Estado en el mundo¹⁰, a objeto de hacer posible la realización de los derechos de estos pueblos. Cabe resaltar que las normas aprobadas por el Pleno de la CC señalan explícitamente que la plurinacionalidad se da dentro del marco de la unidad del Estado. Ello en consistencia con el derecho internacional. En efecto, tanto la Declaración de Naciones Unidas como la Declaración Americana son enfáticas en señalar que nada de lo dispuesto en estos instrumentos, lo que incluye los derechos a la libre determinación y a la autonomía indígena, se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes (artículo 46 Declaración de Naciones Unidas; artículo IV Declaración Americana). En plena consonancia con este estándar del derecho internacional cabe señalar que en tres disposiciones de la propuesta constitucional en análisis (artículos 5 y 7 del Capítulo I Principios y Disposiciones Generales; y artículo 187 del Capítulo VI Estado Regional y Organización Territorial), se establece el carácter unidad, integridad e indivisibilidad del Estado chileno, y que no se permitirá la secesión territorial.¹¹

A nivel constitucional la plurinacionalidad del Estado encuentra acogida en América Latina en las CP de Bolivia, 2009 y de Ecuador, 2008.

⁸ Millaleo, S. (2021). Por una vía “Chilena” a la plurinacionalidad, Intervenciones de más de una década (2010-2020). Catalonia, p.80.

⁹ Cruz Rodríguez, E. (2013). “Estado plurinacional, interculturalidad y autonomía indígena: Una reflexión sobre los casos de Bolivia y Ecuador”, Revista Via Iuris, N° 14, 2013, p. 58

¹⁰ De acuerdo a Kymlicka, filósofo liberal canadiense, no hay nada de natural en la concepción del Estado Nación. Ello toda vez que la gran mayoría de los estados, a excepción de los casos de Islandia y Portugal, así como también en Corea, donde existe un solo pueblo dividido en dos estados, contiene en su interior una diversidad de pueblos o naciones diferenciados. Ver Kymlicka, W.(2007), “Multiculturalismo”, Dialogo Político 2/2007, pp. 11 – 35,

¹¹ El artículo 187. 4 de la propuesta constitucional, que es el más representativo en este sentido dispone que “[e]n ningún caso el ejercicio de la autonomía podrá atentar en contra del carácter único e indivisible del Estado de Chile ni permitirá la secesión territorial.”

De la misma manera, el reconocimiento de la interculturalidad en la propuesta constitucional, **debe** ser entendida como lo hace la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de Naciones Unidas (2005). Así dicha Convención concibe la interculturalidad como “la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo” (artículo 4.8).

Ella encuentra fundamento, como se verá más adelante en este análisis, en el reconocimiento que los mismos instrumentos hacen al derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y al deber de los Estados de respetar dichas culturas. Además, encuentra fundamento en el artículo 27 del PIDCP en que se reconoce el derecho de las “...minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”

A ello cabe agregar la Convención sobre Diversidad Cultural antes citada, también ratificada por Chile, en cuyo artículo 1.c se dispone como uno de sus objetivos el: “fomentar el diálogo entre culturas a fin de garantizar intercambios culturales más amplios y equilibrados en el mundo en pro del respeto intercultural y una cultura de paz.” A nivel constitucional la interculturalidad encuentra acogida en las CP de Bolivia, 2009 y de Ecuador, 2008.

4. Derecho a la libre determinación y a la autonomía o autogobierno

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se encuentra establecido en, entre otras normas del borrador de constitución aprobada por el Pleno de la CC, en el artículo 5 (Capítulo I Principios y Disposiciones Generales), en el artículo 34 (Capítulo II Derechos Fundamentales y Garantías), en el artículo 190 (Capítulo VI Estado Regional y Organización Territorial) y en el artículo 309 (Capítulo IX Sistemas de Justicia). El derecho de los pueblos indígenas a la autonomía o autogobierno se encuentra establecido en los artículos 34 y 36 (Capítulo II Derechos Fundamentales y Garantías), y en los artículos 187 y siguientes, y 234 y 235 (Capítulo VI Estado Regional y Organización Territorial) de la propuesta constitucional de la CC.

Este derecho está fuertemente asentado en el derecho internacional que les es aplicable. En efecto, el derecho de estos pueblos a determinar libremente su condición política y perseguir libremente su

desarrollo económico, social y cultural es reconocido en la Declaración de Naciones Unidas (artículo 3) y en la Declaración Americana (artículo III). Como fue señalado al referir a la plurinacionalidad, se debe reiterar que tanto la Declaración de Naciones Unidas como la Declaración Americana descartan toda posibilidad de que estos y otros derechos reconocidos en ellas a los pueblos indígenas autoricen a poner en peligro la integridad territorial o la unidad política de Estados (artículo 46 Declaración de Naciones Unidas; artículo IV Declaración Americana). Igualmente, se debe reiterar la inclusión en el texto de propuesta constitucional de diversas normas a objeto de que este y otros derechos de pueblos indígenas o de cualquier otro sector de la población pueda afectar la unidad del Estado.

Siempre refiriendo al derecho internacional aplicable, cabe señalar que el Comité de Derechos Humanos al igual que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas han invocado el artículo 1 común a los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que establecen el derecho de libre determinación de los pueblos, como un derecho aplicable a pueblos indígenas en casos relacionados con sus derechos sobre la tierra, sus derechos económicos, su derecho a la participación y a sus instituciones propias¹². A nivel regional la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido directrices sobre el alcance del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas en su reciente informe sobre la materia, señalando que este debe ser entendido como “... la base del diálogo para la construcción de una nueva relación entre estos pueblos...”¹³.

A nivel constitucional el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas es reconocido tanto en la CP de Bolivia (2009) así como en la de México (1917 ref 2001).

La autonomía de los pueblos indígenas en asuntos internos y locales en diferentes forma es reconocido por los mismos instrumentos (artículo 4 Declaración de Naciones Unidas y artículo XXI Declaración Americana), e indirectamente por el Convenio 169 de la OIT cuando este refiere al derecho de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida (Preámbulo) y a decidir sus propias prioridades en materia de desarrollo, así como también a la organización y control de los servicios de seguridad social y salud y educación (artículos 25 y 27).

¹² Ver Informe de Mecanismo de Expertos de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas (2021). Disponible en <https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/HRC/48/75&Lang=S>

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021). Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II), p. 14. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>

A nivel constitucional los derechos de autonomía son reconocidos de distintas maneras en las CP de Colombia, 1991; Ecuador, 2008; México 191, reforma 2001; Nicaragua, 1986; Panamá, 1972; y Venezuela, 1999. En otros contextos destaca el reconocimiento de estos derechos a nivel constitucional en Filipinas (1987) y Finlandia (1999); y a nivel legal Estados Unidos (1975) y Canadá. En este último caso a través de numerosa legislación dictada a contar de los tratados modernos celebrados con diversos pueblos indígenas desde 1975 a la fecha estableciendo formas de autonomía indígenas sobre una parte significativa del territorio de ese país.¹⁴

5. Derechos de los pueblos indígenas sobre sus instituciones, jurisdicciones y autoridades propias o tradicionales y sistemas de justicia propios

Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus instituciones, jurisdicciones y autoridades propias o tradicionales se encuentran establecidos en la propuesta constitucional en términos generales en el artículo 34 (Capítulo II Derechos Fundamentales y Garantías). Los sistemas de justicia indígena y el pluralismo jurídico están establecidos en los artículos 307, 309, 322, 329 y 344 (Capítulo IX Sistemas de Justicia).

Como manifestación de la libre determinación y autonomía los instrumentos internacionales antes referidos reconocen el derecho de estos pueblos a mantener y fortalecer sus instituciones, jurisdicciones y autoridades propias o tradicionales, incluyendo sus sistemas jurídicos y de justicia propios. Así el artículo 8.2 del Convenio 169 reconoce el derecho de estos pueblos a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales. Dispone además que al aplicarse la legislación a los pueblos indígenas los estados deberán tomar en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario (artículo 8.1). En la misma línea señala que los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia (artículo 9.2); tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales cuando se impongan sanciones penales y preferir sanciones distintas del encarcelamiento (artículo 10.1 y 2). Además, dispone que estos deberán

¹⁴ Para el análisis de experiencias comparadas de autonomías indígenas, incluyendo en América Latina, en Canadá y Groenlandia (Dinamarca) ver Observatorio Ciudadano (2022) Derecho de los pueblos indígenas a la autonomía. Disponible en <https://observatorio.cl/minuta-tecnica-para-convencionales-constituyentes-derecho-de-los-pueblos-indigenas-a-la-autonomia/>

respetar los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, cuando sean compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 9.1). De manera análoga la Declaración de Naciones Unidas afirma el derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (artículo 5); y su derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34). La Declaración Americana, por su parte contiene un reconocimiento similar en sus artículos XX, XXI y XXII. Además, establece que los estados deben reconocer la personalidad jurídica y las formas de organización indígena (artículo IX). De importancia es referir acá a la recomendación hecha por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre ellos el derecho al acceso a la justicia y garantías procesales. Así dispone que los Estados deben adoptar disposiciones especiales que atiendan la vulnerabilidad de algunos grupos, entre ellos los pueblos indígenas (Observación general N.º 31 del Comité de Derechos Humanos, 2004, párr. 15).

En cuanto al derecho constitucional comparado, las CP de América Latina vienen desde la década de los noventa reconociendo el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar sus propias instituciones y sistemas de derecho, así como la jurisdicción de sus autoridades para impartir justicia. Las mismas constituciones establecen lo que se ha conocido como un pluralismo jurídico, entendido como la coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico (Yrigoyen, 2011), reconociendo generalmente la necesidad de que estos sistemas de derecho y de justicia propio sean compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como de contar con legislación de coordinación entre estos sistemas de justicia y la justicia ordinaria estatal. Entre las CP que reconocen dicho pluralismo jurídico destacan las de Bolivia (2009), Colombia (1991), Ecuador (2008), Paraguay (1992) y Perú (1993). Como señala Yrigoyen, tales CP reconocen a los pueblos indígenas; “a) la potestad de darse sus autoridades e instituciones (autoridades propias/ legítimas/ naturales); b) la potestad normativa de darse sus propias normas y procedimientos, o su derecho consuetudinario o costumbres; y c) la potestad de administrar justicia o de ejercer funciones jurisdiccionales (jurisdicción especial)/ función judicial/ solución alternativa

de conflictos/ instancias de justicia.”¹⁵ A dichas CP se agregan las de Brasil (1988), México (1917 ref 2001) y Venezuela (1999) que disponen la necesidad de que los estados establezcan acciones específicas para garantizar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Ello incluye la garantía de intérpretes o facilitadoras/es culturales en procesos judiciales indígena; y el resguardo el acceso a defensoría de los pueblos indígenas.¹⁶

De especial interés en materia de reconocimiento del pluralismo jurídico y de la justicia indígena es el caso de Colombia, cuya CP (1991) dispuso: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.” (artículo 246).

Aunque la ley de coordinación a que refería la CP nunca fue dictada, la Corte Constitucional de Colombia (CCC), considerando que se trata de una disposición que se funda en un tratado internacional de derechos humanos (Convenio 169) ratificado por ese Estado que forma parte del bloque de constitucionalidad (artículo 94 de CP), ha reafirmado en su jurisprudencia la potestad de las autoridades indígenas de impartir justicia, estableciendo en ella sus ámbitos de aplicación y límites en los derechos humanos. De acuerdo a la CCC para que la justicia indígena pueda intervenir (fuero indígena) se requieren un elemento personal, esto es que el acusado de un hecho punible sea parte de una comunidad indígena; un elemento territorial, esto es que se debe tratar de un hecho ocurrido en el ámbito territorial indígena; de un elemento institucional, esto es que haya un sistema de derecho propio constituido por los usos y costumbres indígenas y procedimientos, ambos aceptados por la comunidad; y un elemento objetivo, esto es que el bien jurídico afectado esté relacionado con el interés de la comunidad indígena. ¹⁷

¹⁵ Yrigoyen, R. (2011) “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez, C. Coord. El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, pp. 139-15. p. 146.

¹⁶ Naciones Unidas (PNUD) (2021). Derechos de los Pueblos Indígenas Estándares internacionales, reconocimiento constitucional y experiencias comparadas. Disponible en <https://www.estudiospnud.cl/informes-desarrollo/derechos-de-los-pueblos-indigenas-estandares-internacionales-reconocimiento-constitucional-y-experiencias-comparadas/>

¹⁷ República de Colombia. Corte Suprema de Justicia (2017). Justicia y pueblos indígenas. Jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos. Disponible en <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20y%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20jurisprudencia,%20ritos,%20pr%C3%A1cticas%20y%20procedimientos.pdf>

Siempre en materia de pluralismo jurídico y de reconocimiento de sistemas de justicia indígena, fuera de América Latina destaca el caso de Estados Unidos de Norte América. Se trata de un reconocimiento que encuentra su fundamentación en la referencia a los “indios” en la CP de ese país (1787), así como la jurisprudencia desarrollada en torno a ella. Como consecuencia de ello en dicho país existe un total de 400 sistemas de justicia tribal (Cortes Tribales), que son en parte financiados por el Estado Federal (Ley 638 Tribal Priority Allocations). Dichos sistemas son también consecuencia de la Ley de Libre Determinación Indígena aprobada en EEUU en 1975. (*Indian Self-Determination and Education Assistance Act*, Pub. L. 93-638).

La jurisdicción de las Cortes Tribales en materia penal incluye casos de delitos menores que involucran a indígenas que ocurren dentro de la jurisdicción tribal, esto es tierras dentro de los límites de las reservas y comunidades indígenas. Los delitos graves que involucran a indígenas dentro de su territorio que son delitos federales deben ser conocidos por un tribunal federal. Los casos penales que involucran a personas que no son indígenas en territorio indígena generalmente se presentan ante un tribunal estatal. En materia civil las Cortes Tribales tienen competencia para conocer de casos civiles que involucran a indígenas o no indígenas dentro del territorio indígena, donde los indígenas son los demandados. También pueden conocer casos que involucran a indígenas y/o no indígenas que cuentan con el consentimiento del demandado a la jurisdicción personal de la Corte. Los asuntos civiles que se escuchan en el tribunal incluyen el divorcio, la tutela, la custodia, la manutención de los hijos, la determinación de paternidad, el cambio de nombre, los contratos comerciales, las lesiones personales, la sucesión de bienes no fiduciarios, además de otras disputas civiles.¹⁸

¹⁸ U.S. Department of the Interior. Indian Affairs (S/F). Tribal Courts System. Disponible en <https://www.bia.gov/CFRCourts/tribal-justice-support-directorate>. En años recientes las cortes federales de este país, sin embargo, establecido jurisdicción federal para revisar la competencia de las Cortes Tribales para conocer de casos que involucran a los no indígenas, cuestión que es vista como una limitación a los derechos de libre determinación indígena. Al respecto ver EagleWoman, A. (2021) “Jurisprudence and Recommendations for Tribal Court Authority Due to Imposition of U.S. Limitations,” *Mitchell Hamline Law Review*: Vol. 47: Iss. 1, Article 10. En <https://open.mitchellhamline.edu/mhlr/vol47/iss1/10>

6. Derechos de participación de los pueblos indígenas

El derecho de los pueblos indígenas a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado se encuentra reconocido en diversas normas del texto de propuesta constitucional propuesto por la CC. En particular cabe destacar el Artículo 34 (Capítulo II Derechos Fundamentales y Garantías), referido a la participación plena en la vida política, económica, social y cultural del Estado, el artículo 162 del Capítulo IV (Participación Democrática) referido a la participación en los órganos colegiados de representación popular, el artículo 252 (Capítulo VII Poder Legislativo) referido a los escaños reservados de pueblos indígenas en el Congreso de los Diputados y Diputadas, el artículo 344 (Capítulo IX Sistemas de Justicia) referido a la participación en el Consejo de la Justicia, y el artículo 387 (Capítulo XI Reforma y Reemplazo de la Constitución) referida a los escaños reservados en la Asamblea Constituyente encargada de la redacción de una nueva Constitución.

La participación en sus diferentes dimensiones constituye un derecho fundamental reconocido en todos los instrumentos internacionales referidos a estos pueblos, así como también en los instrumentos generales de derechos humanos que les son aplicables. Tal como se señala en los preámbulos de los primeros instrumentos, los pueblos indígenas se han visto marginados e imposibilitados de ejercer derechos humanos fundamentales, como lo es el derecho de participación. Como parte del derecho a la igualdad y no discriminación, y como se verá en detalle más adelante en este Informe, a través de este derecho se busca que estos pueblos puedan "... gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población". (Convenio 169 artículo 2.2.a) Para estos efectos el Convenio 169 dispone que los estados deben establecer medios para que estos pueblos "...puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan." (artículo 6.1). El mismo Convenio agrega que dichos pueblos "...deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente." (artículo 7.1).

Es importante señalar que los derechos del Convenio 169, incluyendo por cierto el derecho a la participación en los términos de los artículos aquí referidos, son aplicables no solo a los pueblos indígenas, sino también a los pueblos tribales, que son definidos por el mismo Convenio como aquellos grupos "[...] cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les [distinguen] de otros sectores de la colectividad nacional, y que [están] regidos total o parcialmente por sus propias

costumbres o tradiciones o por una legislación especial” (art. 1.1 a). Es el caso del pueblo tribal afrodescendiente chileno reconocido por la Ley 21.251 de 2019 cuya representación a través de escaños especiales, no fue reconocida en el texto constitucional.¹⁹

El mismo derecho está reconocido en el artículo 5 de la Declaración de Naciones Unidas, la que dispone la participación plena de estos pueblos en la vida política, económica, social y cultural del Estado es “si lo desean”, redacción que ha sido incorporada en la norma constitucional sobre la materia aprobada por el Pleno. Ello debe entenderse como una expresión del derecho a libre determinación en virtud del cual la participación en la vida del Estado es concebida como una alternativa de los pueblos indígenas, y no como una obligación. Ello en contraste con los estados para los cuales establecer las condiciones que permitan asegurar la participación indígena constituye una obligación. La misma Declaración dispone que el derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos puede ser por representantes elegidos por ellos “...de conformidad con sus propios procedimientos...” (artículo 18). De manera análoga, la Declaración Americana dispone en su artículo XXIII el derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.

Es importante referir acá a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yatama Vs. Nicaragua* (2005) sobre el derecho a la participación política de pueblos indígenas a través de sus propias instituciones. En su sentencia en este caso originado en la denuncia de una organización indígena de la Costa Atlántica de Nicaragua por la denegación de su reconocimiento como partido político y, como consecuencia de ello, su exclusión de participar en elecciones municipales del 2000, la Corte IDH sostuvo que el Estado de Nicaragua vulneró el derecho de participación política de esta organización. Ello en razón de que solo permitió la participación en los procesos electorales a través de la institucionalidad de los partidos políticos. Como consecuencia de ello dicha Corte dispuso que el Estado de Nicaragua debía adoptar medidas para garantizar que los miembros de esta Comunidad pudiesen participar, en condiciones de igualdad “...de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde

¹⁹ No obstante, lo anterior el artículo 162.3 (Capítulo IV Participación Democrática) considera la creación de un registro electoral del pueblo tribal afrodescendiente administrado por el Servicio Electoral en los mismos términos del registro electoral indígena.

sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención.”²⁰

El derecho a la participación política indígena ha encontrado amplia aplicación en el derecho constitucional latinoamericano. Así la CP de Colombia (1991) estableció un número adicional de dos senadores a ser electos por comunidades indígenas mediante circunscripción nacional especial que se suman a los 100 establecidos. Dicha CP establece, además, circunscripciones electorales especiales para la Cámara de Representantes para permitir la participación de, entre otros, los grupos étnicos. En el caso de Bolivia, la CP (2009) crea circunscripciones especiales indígena originario campesinas (CEIOC), las que se registrarán por el principio de densidad poblacional en cada departamento, que elegirán siete representantes, de un total de 130, en la Cámara de Diputados. Además, establece que estos podrán elegir a sus representantes para estas instancias a través de sus propias formas de elección. En el caso de la CP de Ecuador (2008) se establece el derecho a participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado (artículo 57). En el caso de la CP de Venezuela (1999) esta garantiza la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley. En otros países de América Latina (Perú y Ecuador) se garantiza la representación indígena en distintos órganos elegidos en forma democrática mediante ley. También en otros contextos como el de Nueva Zelanda, se estableció mediante legislación temprana (1867), ampliada posteriormente, la representación especial del pueblo Maori en el Parlamento a través de siete escaños especiales de un total de 120. Aunque sin rango constitucional, ni tampoco a través de cupos especiales, la representación indígena a también a nivel de los parlamentos de estados como Australia y Canadá, los que cuentan con una participación parlamentaria bastante similar a su demografía.²¹

²⁰ Corte IDH (2005) Yatama Vs. Nicaragua parág. 225.

²¹ Aylwin, José y Pablo Policzer (2020). “No Going Back: The Impact of ILO Convention 169 on Latin America in Comparative Perspective”. University of Calgary. The School of Public Policy Publications Vol 13: 8 April 2020. <https://doi.org/10.11575/sppp.v13i0.69081>

7. Derecho a la consulta y al consentimiento libre previo e informado

El derecho a la consulta previa y libre de los pueblos indígenas frente a medidas administrativas y legislativas que les afecten está establecido en el artículo 66 (Capítulo II Derechos Fundamentales y Garantías) de la propuesta constitucional. El derecho a ser consultados y a que otorguen su consentimiento libre, previo e informado (CLPI) se encuentra reconocido en el artículo 191 (Capítulo VI Estado Regional y Organización Territorial) del mismo texto.

La obligación de los estados de consultar a los pueblos indígenas de buena fe, de manera apropiada, y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento ante legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente, así como también antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, se encuentra establecida a través del Convenio 169 de la OIT (artículos 6.1 y 2 y 15.2). De acuerdo a la OIT entre las características de la consulta, se encuentran además de la buena fe de las partes, su naturaleza previa, el que esta no deba limitarse a una mera información, y la necesidad que se haga con las instituciones representativas de los pueblos indígenas.²² De acuerdo al Convenio 169, el consentimiento libre previo e informado (CLPI) constituye un requisito a alcanzar y no solo una finalidad en las consulta con pueblos indígenas en el caso del traslado o reubicación de estos pueblos desde sus tierras (artículo 16.2). No obstante, tal como ha sido señalado por la propia Oficina de la OIT, la importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados. Así, por ejemplo, hay peligro para la continuación de la existencia de una cultura indígena, la necesidad del consentimiento con las medidas propuestas es más importante que en los casos en los que las decisiones pueden resultar en inconvenientes menores, sin consecuencias severas o duraderas.²³

La Declaración de Naciones Unidas dispone como regla general la obligación de los estados de celebrar consultas de buena fe con los pueblos indígenas por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que les afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. (artículo 19). La misma finalidad es considerada en las

²² Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (2013). Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Ginebra: OIT.

²³ Oficina Internacional del Trabajo (2013). *Ibíd*, p.17

consultas en los casos de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos. (artículo 32.2). Excepcionalmente, dispone que los estados tienen la obligación de obtener el CLPI en el caso en que el proyecto de lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales (artículo 10.1) y en los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos u operaciones militares en las tierras o territorios indígenas (arts. 29.1 y 30.1 respectivamente). La Declaración Americana también establece como regla general la consulta a los pueblos indígenas frente a medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (artículo XXIII 2). Excepcionalmente establece el requisito del CLPI frente a los programas de investigación, experimentación biológica o médica, así como la esterilización de los pueblos y personas indígenas (artículo XVIII3).

La Corte IDH estableció en su jurisprudencia en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador* (2012) la obligación de consultar frente a un proyecto de inversión debe ser manera informada, según las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, en el marco de una comunicación constante entre las partes, de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Con todo, diversos órganos de supervisión de estos instrumentos han señalado la importancia de lograr dicho acuerdo el CLPI de los pueblos indígenas en los procesos de consulta. Así la OIT ha señalado: “[l]a importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados. Si, por ejemplo, hay peligro para la continuación de la existencia de una cultura indígena, la necesidad del consentimiento con las medidas propuestas es más importante que en los casos en los que las decisiones pueden resultar en inconvenientes menores, sin consecuencias severas o duraderas.”²⁴

De manera análoga, la Corte IDH ha señalado en su jurisprudencia en el caso del pueblo *Saramaka vs Surinam* “... que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.”²⁵

²⁴ *Ibíd.*, p.17.

²⁵ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 134

Diversos pronunciamientos de los órganos de Naciones Unidas dan cuenta del consenso existente en torno a los supuestos para la exigencia del consentimiento en los procesos de consulta con pueblos indígenas. DE relevancia es la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones en el caso de *Ángela Poma Poma Vs. Perú* de 2009, caso de una comunidad indígena afectada por proyecto de construcción de pozos de extracción de aguas subterráneas en tierras de ocupación tradicional de dicha comunidad por empresas autorizada por el Estado de Perú. Al amparo del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre derechos de las minorías étnicas y culturales, dicho Comité señaló que en el caso de medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena o interfieren en ellas, "...la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad".²⁶

El derecho a la consulta y/o participación de los pueblos indígenas en el contexto de la explotación de recursos naturales en sus territorios está considerado en el derecho constitucional latinoamericano en las CP de Bolivia (2009), Colombia (1991), México (1917 ref 2001), y Venezuela (1999). A nivel legislativo esta tiene desarrollo en la mayor parte de los estados de la región, destacando la legislación sobre este derecho en el caso de Brasil (2003, 2007 y 2012), Bolivia (2010 y 2014), Colombia (1998), México (2003) y Perú (2011). En los países anglosajones destaca a nivel Constitucional Canadá, cuyo reconocimiento de derechos aborígenes y de tratado (sección 35 CP 1982) ha sido interpretado por la Corte Suprema de ese país como incluyente del derecho a la consulta de los pueblos indígenas sobre asuntos que les conciernen, y en casos de proyectos de desarrollo en sus territorios da fundamento al derecho al CLPI (*Tsilhqot'in Nation vs Canadá*; SCC, 2014). El derecho a la consulta de los pueblos indígenas frente a medidas que les afecten, en particular aquellas que recaen en proyectos de desarrollo en sus tierras y territorios, ha sido reconocido con rango legal a los pueblos indígenas en Australia y Nueva Zelanda. A ello se suma en el caso de los países nórdicos el reconocimiento de este derecho en la CP de la Republica finlandesa (1999).

Cabe tener presente que existen dos disposiciones del texto constitucional que refieren, una a la consulta frente a medidas administrativas y legislativas que les afecten (artículo 66 Capítulo II Derechos Fundamentales y Garantías) y otra al consentimiento libre, previo e informado en materias

²⁶ Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos) (2009). *Poma Poma Vs. Perú*. Comunicación N° 1457/2006. Decisión de 27 de marzo de 2009 párr. 7.7.

que afecten sus derechos en las entidades en el Estado regional (artículo 191 Capítulo VI Estado Regional y Organización Territorial). Como se señalará, las directrices del derecho internacional, así como el derecho constitucional comparado sobre esta materia establecen como regla general el criterio del derecho a la consulta a pueblos indígenas tiene como finalidad de obtener el CLPI, y que la obligación de los estados de lograr dicho CLPI de estos pueblos se limita a las situaciones específicas antes identificadas, las que no necesariamente abarcan todas las materias que afecten sus derechos en el ámbito regional. En este sentido adquiere mayor relevancia la interpretación que la OIT ha dado al ejercicio de estos derechos cuando señala que, mientras mayor es la afectación de los derechos de pueblos indígenas, mayor es la necesidad de la obtención del CLPI.

8. Derechos sobre sus tierras, territorios y recursos

Las normas del texto constitucional propuesto por la CC reconocen los derechos de estos pueblos sobre sus tierras, territorios y recursos. De acuerdo a dichas normas estos derechos incluyen el reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos (artículo 34 Capítulo II Derechos Fundamentales y Garantías). También comprenden la protección de la propiedad indígena sobre sus tierras, y el deber del Estado de establecer instrumentos para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución, siendo este el mecanismo fundamental de reparación, y el derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva (artículo 79 del mismo Capítulo). De la misma manera la constitución propuesta considera una norma que reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas (artículo 58 del mismo Capítulo).

Tales normas encuentran sólido fundamento en el derecho internacional aplicable a estos pueblos. Así los instrumentos internacionales antes referidos establecen la obligación de los estados de respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas reviste su relación con sus tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna manera, a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica como grupos culturalmente diferenciados. Asimismo, reconocen una serie de derechos a los pueblos indígenas derivados de la ocupación y uso ancestral de sus tierras, territorios y los recursos que tradicionalmente han ocupado y utilizado.

Es así como el Convenio Nº 169 de la OIT reconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, los que cubren la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera (artículo 13 y 15). Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (artículo 15.1). El artículo 14. 1 del Convenio 169 establece como regla general que “[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.” El inciso 2 del mismo artículo dispone que “[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión” debiendo instituir procedimientos para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por ellos (artículo 14.3). Los órganos de supervisión de la OIT han establecido que el fundamento de dicho derecho sobre las tierras es la ocupación tradicional y no el título otorgado por el Estado.²⁷ En cuanto a la determinación de las áreas de los pueblos indígenas que deben estar protegidas por la propiedad indígena, la OIT ha señalado que el “...Convenio no cubre simplemente las áreas ocupadas por los pueblos indígenas, sino también «el proceso de desarrollo en la medida en que éste afecte sus vidas... y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera»”²⁸

En el mismo sentido la Declaración de Naciones Unidas establece en su artículo 26. 1 que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido”. La misma Declaración agrega en su artículo 28 que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.”

Los órganos del Sistema de la ONU han considerado que la regla general en estos casos es la devolución de las tierras, territorios o recursos de los que han sido privados sin consentimiento.

²⁷ Oficina Internacional del Trabajo (Departamento de Normas Internacionales del Trabajo) (2013). Op cit.

²⁸ Organización Internacional del Trabajo. Consejo de Administración, 282.ª reunión, noviembre de 2001, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Colombia, GB.282/14/3

Solo cuando por razones concretas ello no sea posible, propone se otorgue una indemnización, en lo posible con tierras. Así el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha exhortado a los Estados Partes de la Convención EDR a que en “...en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de aquellas poblaciones, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios.”²⁹

Los mismos derechos han sido afirmados de manera reiterada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Desde su decisión en el caso *Awas Tingni Vs. Nicaragua* hasta la fecha la Corte IDH ha sido categórica en señalar que “...el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.”³⁰ En el mismo caso la Corte IDH señaló que la propiedad territorial indígena como forma de propiedad encuentra su fundamento no en el reconocimiento estatal sino en el uso y posesión tradicional de las tierras y de los recursos. En el Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* la Corte IDH reitero en su sentencia que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.”³¹ Más tarde la misma Corte IDH ha señalado que estos derechos pueden “...expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura” (Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, 2006; párr. 131). Profundizando en los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, la misma Corte IDH en el *Caso Saramaka Vs. Surinam* sostuvo que “[...] el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto

²⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Naciones Unidas). Recomendación General XXIII, N° 5.

³⁰ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr... 148.

³¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr... 137.

de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que, a su vez, mantiene ese estilo de vida.” (Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...* párr. 122)

Los derechos de pueblos indígenas sobre las aguas y el espacio marítimo que estos pueblos ocupan o utilizan de alguna otra manera, deben entenderse protegidos por el artículo 13 del Convenio 169. Tanto las aguas y otros recursos de uso tradicional indígena encuentran reconocimiento en el artículo 25 de la DNUDPI la que dispone el derecho de estos pueblos a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con, entre otros, las “...aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado”, estableciendo el deber de los estados de proteger dicha relación.

El reconocimiento y protección de los derechos de estos pueblos sobre sus tierras y el territorio, así como también sobre los recursos naturales que hay en ellos, han sido centrales en el tratamiento constitucional de América Latina. Desde la CP de Brasil (1988), la que reconoció a los denominados “indios” su organización social, costumbres, lenguas, creencias, tradiciones y los “derechos originarios” sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, estableciendo la obligación de la Unión de demarcarlas, protegerlas y hacer respetar sus bienes (art. 231), las cartas fundamentales que refieren a estos pueblos han referido al deber de los Estados de dar reconocimiento y protección a los derechos de estos pueblos sobre sus tierras, territorios y recursos. Destacan en este sentido la CP de Colombia (1991) que reconoce y protege los resguardos indígenas (artículo 63), así como las entidades territoriales indígenas, las que serán gobernados por concejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres. Las CP de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009) reconocen los derechos territoriales de estos pueblos, incluyendo en ellos los derechos de posesión y propiedad ancestral de sus tierras y territorios (artículo 57 CP Ecuador y artículos 2 y 30 CP Bolivia), así como derechos de usufructo, conservación y administración de recursos naturales (artículo 57 CP E); y participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios (artículo 30 CP B). Vinculado a estos recursos, la CP de Ecuador reconoce a los pueblos indígenas derechos de consulta previa, libre e informada frente a la exploración y explotación de dichos recursos, a la participación en los beneficios de su explotación (artículo 57), y la de Bolivia, el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan (artículo 30). A nivel legislativo la casi totalidad de los Estados de la región cuentan con normativa que establece el deber del Estado de proteger las tierras y territorios y establece mecanismos para su delimitación, demarcación y titulación.

A nivel constitucional la CP de Canadá (1982) reconoce los derechos de tratado de los pueblos “aborígenes” , lo que incluye tanto los tratados antiguos como los tratados modernos celebrados entre ese Estado y dichos pueblos, los que en una medida importante tratan sobre las tierras, territorios y recursos indígenas.³² En el nivel legislativo también destacan el caso de Australia cuya Acta del Título Nativo de 1993 reconoció y dio protección del título nativo sobre sus tierras originarias estableciendo un Tribunal Nacional de Títulos Indígenas para administrar títulos existentes, así como procesar las solicitudes de reclamos de títulos de tierras y aguas indígenas. También destaca el caso de Nueva Zelanda cuya Ley del Tratado de Waitangi (1975), creó el Tribunal de Waitangi con el objeto de atender e investigar las quejas del pueblo Maorí relativas al Tratado firmado en 1840, y de sugerir al Estado neozelandés acuerdos con las comunidades indígenas, la mayor parte de ellos referidos a los derechos sobre tierras.

9. Derechos culturales de pueblos indígenas

Los derechos culturales de pueblos indígenas se encuentran reconocidos a lo largo del texto constitucional propuesto por la CC. Tales derechos, que entre otros incluyen el derecho a la diversidad cultural y a su propia cultura, a la identidad e integridad cultural, a la cosmovisión, al patrimonio cultural, a la repatriación de objetos, restos humanos y sitios culturalmente significativos, y a las lenguas indígenas, son recepcionados en particular en los artículos 11, 12 13 (Capítulo I Principios y Disposiciones Generales) , los artículos 34 35, 44, 54, 55, 65, 96 y 102 (Capítulo II Derechos Fundamentales y Garantías), y los artículos 309 y siguientes (Capítulo IX Sistemas de Justicia).

Los derechos culturales de pueblos indígenas están reconocidos y protegidos en todos los instrumentos internacionales que les son aplicables. Estos derechos están reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, el que como se señalara, es su artículo 27 dispone que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. En su Observación General N° 23, N°7 el Comité de Derechos Humanos, interpretando este artículo, ha señalado que los derechos en el establecidos son

³² Ver Aylwin y Policzer (2021), op cit.

aplicables a los miembros de los pueblos indígenas.³³ A ello se agrega la Convención Internacional de Diversidad Cultural de Naciones Unidas antes referida, que dispone “[l]a protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales presuponen el reconocimiento de la igual dignidad de todas las culturas y el respeto de ellas, comprendidas las culturas de las personas pertenecientes a minorías y las de los pueblos autóctonos.” (artículo 3).

En cuanto a la protección a los derechos culturales establecida en los instrumentos específicos sobre derechos de estos pueblos, el Convenio 169 que establece en su artículo 2.1. la obligación de los Estados de garantizar el respeto de la integridad de los pueblos indígenas. A ello agrega el deber de los estados “...reconocer[se] y proteger[se] los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; ... respetar[se] la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos” (artículo 5 a y b). El artículo 28 del mismo Convenio reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la lengua, lo que incluye tanto el derecho de los pueblos de educarse en su propia lengua indígena, como su derecho a dominar la lengua propia, tanto escrita como hablada. En el inciso 2 de este artículo se obliga a los estados a adoptar medidas adecuadas para preservar y promover el uso de las lenguas indígenas de los pueblos, y a garantizar que estos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua oficial del país, resguardando así su derecho a la participación.

Por su parte la Declaración de Naciones Unidas dispone en el artículo 11.1, “el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas”. En el artículo 12 dicha Declaración establece que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales y dramáticas y literaturas, así como el derecho a la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que han sido privados sin que hubieran consentido libremente y con pleno conocimiento o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”.

³³ Comité de Derechos Humanos (Naciones Unidas). Observación General N° 23, N°7.

En su artículo 13 la misma Declaración de Naciones Unidas dispone que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos”. La misma Declaración reconoce en su artículo 11 el derecho de estos pueblos “... a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos o históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas”. En su artículo 31, agrega que los mismos pueblos tienen derecho “...a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales”. En el mismo artículo establece la obligación de los estados de adoptar medidas que permitan el reconocimiento y la protección de estos derechos. Disposiciones análogas están contenidas en la Declaración Americana en materia de derechos culturales indígenas.

A nivel constitucional los derechos culturales de pueblos indígenas son reconocidos en la mayor parte de los estados de América Latina. Así el derecho a la identidad propia es considerado en las CP de Argentina (1994), Bolivia (2009), Brasil (1988), Ecuador (2008), Guatemala (1993), México (1911 ref 2001), Panamá (1972), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999). Los derechos lingüísticos son reconocidos en las CP de Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Perú, Paraguay y Venezuela. En cuanto a los derechos al patrimonio indígena en sus diversas manifestaciones estos son reconocidos en las CP de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador (1983 ref 1996), Guatemala, Honduras (1992 ref 2005), México, Nicaragua (1986), Panamá, Paraguay, y Perú. Fuera de la región, los derechos culturales son reconocidos a nivel constitucional en la CP de Finlandia (1999), la que establece el derecho de los Sami a conservar y desarrollar su propia lengua y cultura (artículo 18). Un reconocimiento análogo hace la CP de Noruega (1814 revisada en 1903) respecto a los derechos del mismo pueblo indígena a conservar y desarrollar su idioma, cultura y forma de vida (artículo 108).

10. Derecho a la igualdad y no discriminación por la pertenencia a un pueblo y nación indígena o tribal.

El derecho a la igualdad y no discriminación por la pertenencia a un pueblo indígena o tribal esta subyacente a toda la normativa constitucional propuesta por la CC. Con todo, este se encuentra específicamente desarrollado en el artículo 25 del Capítulo II Derechos Fundamentales y Garantías. Cabe señalar que dicho artículo junto con hacer referencia al deber del Estado de adoptar medidas para corregir o superar la desventaja o sometimiento de una persona o grupo y la necesidad de que se dicte legislación para la prevención, prohibición, sanción y reparación de toda forma de discriminación, pone consideración los casos en que confluyan, respecto de una persona, más de una categoría, condición o motivo. (artículo 25.5) Se trata de una realidad común a muchos integrantes de pueblos indígenas o tribales, en particular víctimas de discriminación por su género, pobreza y condición étnica.

El derecho a la igualdad y no discriminación por motivo alguno, incluyendo la raza y el color, está a la base del desarrollo de los instrumentos internacionales generales de derechos humanos. Así está establecido en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Los órganos de supervisión de dichos instrumentos sido claros en señalar que se trata de disposiciones aplicables a los pueblos indígenas.³⁴ En cuanto a los instrumentos del derecho internacional específicamente referidos a los pueblos indígenas, en sus preámbulos se constata que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos y como consecuencia de ello, no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven. Es por ello que en ellos se dispone que estos pueblos deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, (artículo 3.1 Convenio 169; artículo 1 Declaración de Naciones Unidas; artículo V Declaración Americana); que los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación (artículo 2 Declaración de Naciones Unidas). Además de ello, dichos instrumentos establecen la obligación de los Estados de adoptar medidas para 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 (artículo 2.2.a; artículo 42 Declaración de Naciones Unidas).

³⁴ Comité de Derechos Humanos (Naciones Unidas). Observación General N° 23, N°7 Corte IDH, caso Yatama vs. Nicaragua, 2005.

Fundamental en este sentido es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ratificada por Chile cuyo artículo 2 dispone que “[l]os Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas...”. Al respecto el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Recomendación general Nº XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas (1997) ha exhortado a los Estados Partes a que:

“Reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de los pueblos indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación; b) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas sean libres e iguales en dignidad y derechos y libres de toda discriminación, en particular la que se base en el origen o la identidad indígena; c) Proporcionen a los pueblos indígenas las condiciones que les permitan un desarrollo económico y social sostenible, compatible con sus características culturales; d) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado; e) Garanticen que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres culturales y preservar y practicar su idioma.” (parág 4)³⁵

El 2011 el mismo Comité adoptó su Recomendación General 34, sobre la Discriminación Racial contra Afrodescendientes. En ella, junto con constatar la existencia de racismo y discriminación estructural que afecta a los afrodescendientes a nivel global, señala que para poner fin a la discriminación estructural que afecta a los afrodescendientes, el CEDR considera necesario adoptar urgentemente medidas especiales (acciones afirmativas), como dispone la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 1, párr. 4, y 2, párr. 2).³⁶

Cabe reiterar, como fuera señalado, que el Convenio 169 de la OIT refiere no solo a los pueblos indígenas sino también a los pueblos tribales en países independientes identificados como aquellos grupos “[...] cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les [distinguen] de otros sectores

³⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Recomendación general Nº XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas (1997)

³⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2011). Recomendación general Nº 34, “Discriminación racial contra Afrodescendientes”, 79º período de sesiones, 8 de agosto a 2 de septiembre de 2011, CERD/C/GC/34, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8466.pdf>

de la colectividad nacional, y que [están] regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial” (art. 1.1 a). Tanto los órganos de la OIT como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han sido categóricos en afirmar que las normas del Convenio 169 son aplicables a los pueblos tribales afrodescendientes descendientes de la trata de esclavos, como aquel que ha sido reconocido por ley en Chile (Ley N° 21.151 de Chile que otorga reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno).³⁷ En este sentido se debe señalar que el artículo 25 del texto constitucional antes referido, además de hacer referencia a la discriminación por pertenencia a un pueblo tribal o por motivos raciales, incorpora una norma específica que reconoce y protege los derechos culturales del pueblo tribal afrodescendiente chileno.³⁸

En cuanto al derecho comparado, la igualdad y no discriminación está a la base del catálogo de derechos de todas las constituciones en América Latina y a nivel global. Si bien las disposiciones constitucionales referidas a pueblos indígenas y pueblos tribales no hacen referencia expresa al derecho a la igualdad y no discriminación, ellas en su totalidad apuntan en la perspectiva de reconocer, promover y proteger los derechos tanto individuales como colectivos que les asisten, con la finalidad de garantizar y hacer efectivo el goce, en pie de igualdad con otros sectores de la población, de los derechos fundamentales en ellas reconocidos.

³⁷ Oficina Internacional del Trabajo (Departamento de Normas Internacionales del Trabajo) (2013), op cit.; Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie N° 172

³⁸ “La Constitución reconoce los derechos culturales del pueblo tribal afrodescendiente chileno, y asegura su ejercicio, desarrollo, promoción, conservación y protección.” Artículo 92 Capítulo Derechos Fundamentales y Garantía CC.

ANEXO NORMAS REFERIDAS A DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS EN LA PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA EMANADA DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I PRINCIPIOS Y DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1

Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico.

Artículo 2

1. La soberanía reside en el pueblo de Chile, conformado por diversas naciones. Se ejerce democráticamente, de manera directa y representativa, reconociendo como límite los derechos humanos en cuanto atributo que deriva de la dignidad humana.
2. Ningún individuo ni sector del pueblo puede atribuirse su ejercicio.

Artículo 5

1. Chile reconoce la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado.
2. Son pueblos y naciones indígenas preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán, Selk'nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley.
3. Es deber del Estado respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación, los derechos colectivos e individuales de los cuales son titulares y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones.

Artículo 8

Las personas y los pueblos son interdependientes con la naturaleza y forman con ella un conjunto inseparable. El Estado reconoce y promueve el buen vivir como una relación de equilibrio armónico entre las personas, la naturaleza y la organización de la sociedad.

Artículo 11

El Estado reconoce y promueve el diálogo intercultural, horizontal y transversal entre las diversas cosmovisiones de los pueblos y naciones que conviven en el país, con dignidad y respeto recíprocos. El ejercicio de las funciones públicas debe garantizar los mecanismos institucionales y la promoción de políticas públicas que favorezcan el reconocimiento y la comprensión de la diversidad étnica y cultural, superando las asimetrías existentes en el acceso, la distribución y el ejercicio del poder, así como en todos los ámbitos de la vida en sociedad.

Artículo 12

1. El Estado es plurilingüe. Su idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas son oficiales en sus territorios y en zonas de alta densidad poblacional de cada pueblo y nación indígena. El Estado promueve su conocimiento, revitalización, valoración y respeto.
2. Se reconoce la lengua de señas chilena como lengua natural y oficial de las personas sordas, así como sus derechos lingüísticos en todos los ámbitos de la vida social.

Artículo 13

1. Son emblemas nacionales de Chile la bandera, el escudo y el himno nacional.
2. El Estado reconoce los símbolos y emblemas de los pueblos y naciones indígenas.

Artículo 14

1. Las relaciones internacionales de Chile, como expresión de su soberanía, se fundan en el respeto al derecho internacional y a los principios de autodeterminación de los pueblos, no intervención en asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, multilateralismo, solidaridad, cooperación, autonomía política e igualdad jurídica entre los Estados.
2. De igual forma, se compromete con la promoción y el respeto de la democracia, el reconocimiento y protección de los derechos humanos, la inclusión, la igualdad de género, la justicia social, el respeto a la naturaleza, la paz, la convivencia y la solución pacífica de los conflictos y con el reconocimiento, el respeto y la promoción de los derechos de los pueblos y naciones indígenas y tribales conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

3. Chile declara a América Latina y el Caribe como zona prioritaria en sus relaciones internacionales. Se compromete con el mantenimiento de la región como una zona de paz y libre de violencia; impulsa la integración regional, política, social, cultural, económica y productiva entre los Estados, y facilita el contacto y la cooperación transfronteriza entre pueblos indígenas.

CAPÍTULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a la igualdad, que comprende la igualdad sustantiva, la igualdad ante la ley y la no discriminación. Es deber del Estado asegurar la igualdad de trato y oportunidades. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. Queda prohibida toda forma de esclavitud.
2. El Estado garantiza a todas las personas la igualdad sustantiva, en tanto garantiza el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos fundamentales, con pleno respeto a la diversidad, la inclusión social y la integración.
3. El Estado asegura la igualdad de género para las mujeres, niñas, diversidades y disidencias sexuales y de género, tanto en el ámbito público como privado.
4. Está prohibida toda forma de discriminación, en especial cuando se funde en uno o más motivos tales como nacionalidad o apatridia, edad, sexo, características sexuales, orientación sexual o afectiva, identidad y expresión de género, diversidad corporal, religión o creencia, raza, pertenencia a un pueblo y nación indígena o tribal, opiniones políticas o de otra naturaleza, clase social, ruralidad, situación migratoria o de refugio, discapacidad, condición de salud mental o física, estado civil, filiación o condición social, y cualquier otra que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar la dignidad humana, el goce y ejercicio de los derechos.
5. El Estado adoptará todas las medidas necesarias, incluidos los ajustes razonables, para corregir y superar la desventaja o el sometimiento de una persona o grupo. La ley determinará las medidas de prevención, prohibición, sanción y reparación de toda forma de discriminación, en los ámbitos público y privado, así como los mecanismos para garantizar la igualdad sustantiva. El Estado debe tener especialmente en consideración los casos en que confluyan, respecto de una persona, más de una categoría, condición o motivo.

Artículo 34

Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía; al autogobierno; a su propia cultura; a la identidad y cosmovisión; al patrimonio; a la lengua; al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos; a la cooperación e integración; al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades, propias o tradicionales; y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 35

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación es un deber primordial e ineludible del Estado.
2. La educación es un proceso de formación y aprendizaje permanente a lo largo de la vida, indispensable para el ejercicio de los demás derechos y para la actividad científica, tecnológica, económica y cultural del país.
3. Sus fines son la construcción del bien común, la justicia social, el respeto de los derechos humanos y de la naturaleza, la conciencia ecológica, la convivencia democrática entre los pueblos, la prevención de la violencia y discriminación, así como la adquisición de conocimientos, el pensamiento crítico, la capacidad creadora y el desarrollo integral de las personas, considerando sus dimensiones cognitiva, física, social y emocional.
4. La educación se rige por los principios de cooperación, no discriminación, inclusión, justicia, participación, solidaridad, interculturalidad, enfoque de género, pluralismo y los demás principios consagrados en esta Constitución. Tiene un carácter no sexista y se desarrolla de forma contextualizada, considerando la pertinencia territorial, cultural y lingüística.
5. La educación se orienta hacia la calidad, entendida como el cumplimiento de sus fines y principios.
6. La ley establecerá la forma en que estos fines y principios deberán materializarse, en condiciones de equidad, en las instituciones educativas y en los procesos de enseñanza.
7. La educación es de acceso universal en todos sus niveles y obligatoria desde el nivel básico hasta la educación media inclusive.

Artículo 36

1. El Sistema Nacional de Educación está integrado por los establecimientos y las instituciones de educación parvularia, básica, media y superior, creadas o reconocidas por el Estado. Se articula bajo el principio de colaboración y tiene como centro la experiencia de aprendizaje de las y los estudiantes.
2. El Estado ejerce labores de coordinación, regulación, mejoramiento y supervigilancia del Sistema. La ley determinará los requisitos para el reconocimiento oficial de estos establecimientos e instituciones.
3. Los establecimientos y las instituciones que lo conforman están sujetos al régimen común que fije la ley, son de carácter democrático, no podrán discriminar en su acceso, se rigen por los fines y principios de este derecho y tienen prohibida toda forma de lucro.
4. El Sistema Nacional de Educación promueve la diversidad de saberes artísticos, ecológicos, culturales y filosóficos que conviven en el país.
5. La Constitución reconoce la autonomía de los pueblos y naciones indígenas para desarrollar sus propios establecimientos e instituciones de conformidad con sus costumbres y cultura, respetando los fines y principios de la educación, y dentro de los marcos del Sistema Nacional de Educación establecidos por la ley.
6. El Estado brindará oportunidades y apoyos adicionales a personas con discapacidad y en riesgo de exclusión.
7. La educación pública constituye el eje estratégico del Sistema Nacional de Educación; su ampliación y fortalecimiento es un deber primordial del Estado, para lo cual articulará, gestionará y financiará un Sistema de Educación Pública de carácter laico y gratuito, compuesto por establecimientos e instituciones estatales de todos los niveles y modalidades educativas.
8. El Estado debe financiar este Sistema de forma permanente, directa, pertinente y suficiente a través de aportes basales, a fin de cumplir plena y equitativamente con los fines y principios de la educación

Artículo 44

1. Toda persona tiene derecho a la salud y al bienestar integral, incluyendo sus dimensiones física y mental.
2. Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales, a mantener sus prácticas de salud y a conservar los componentes naturales que las sustentan.

3. El Estado debe proveer las condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de la salud, considerando en todas sus decisiones el impacto de las determinantes sociales y ambientales sobre la salud de la población.
4. Corresponde exclusivamente al Estado la función de rectoría del sistema de salud, incluyendo la regulación, supervisión y fiscalización de las instituciones públicas y privadas.
5. El Sistema Nacional de Salud es de carácter universal, público e integrado. Se rige por los principios de equidad, solidaridad, interculturalidad, pertinencia territorial, desconcentración, eficacia, calidad, oportunidad, enfoque de género, progresividad y no discriminación.
6. Asimismo, reconoce, protege e integra las prácticas y conocimientos de los pueblos y naciones indígenas, así como a quienes las imparten, conforme a esta Constitución y la ley.
7. El Sistema Nacional de Salud podrá estar integrado por prestadores públicos y privados. La ley determinará los requisitos y procedimientos para que prestadores privados puedan integrarse a este Sistema.
8. Es deber del Estado velar por el fortalecimiento y desarrollo de las instituciones públicas de salud.
9. El Sistema Nacional de Salud es financiado a través de las rentas generales de la nación. Adicionalmente, la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias a empleadoras, empleadores, trabajadoras y trabajadores con el solo objeto de aportar solidariamente al financiamiento de este sistema. La ley determinará el órgano público encargado de la administración del conjunto de los fondos de este Sistema.
10. El Sistema Nacional de Salud incorpora acciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, habilitación, rehabilitación e inclusión. La atención primaria constituye la base de este sistema y se promueve la participación de las comunidades en las políticas de salud y las condiciones para su ejercicio efectivo.
11. El Estado generará políticas y programas de salud mental destinados a la atención y prevención con enfoque comunitario y aumentará progresivamente su financiamiento.

Artículo 54

1. Es deber del Estado asegurar la soberanía y seguridad alimentaria. Para esto promoverá la producción, la distribución y el consumo de alimentos que garanticen el derecho a la alimentación sana y adecuada, el comercio justo y sistemas alimentarios ecológicamente responsables.
2. El Estado fomenta la producción agropecuaria ecológicamente sustentable.
3. Reconoce, fomenta y apoya la agricultura campesina e indígena, la recolección y la pesca artesanal, en tanto actividades fundamentales para la producción de alimentos.
4. Del mismo modo, promueve el patrimonio culinario y gastronómico del país.

Artículo 55

El Estado garantiza el derecho de campesinas, campesinos y pueblos y naciones indígenas al libre uso e intercambio de semillas tradicionales.

Artículo 58

La Constitución reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas. Es deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento

Artículo 65

1. Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes tienen derecho a la identidad e integridad cultural y al reconocimiento y respeto de sus cosmovisiones, formas de vida e instituciones propias.
2. Se prohíbe la asimilación forzada y la destrucción de sus culturas.

Artículo 66

Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen. El Estado garantiza los medios para la efectiva participación de estos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe.

Artículo 79

1. El Estado reconoce y garantiza, conforme con la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos.
2. La propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección. El Estado establecerá instrumentos jurídicos eficaces para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución.
3. La restitución constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública e interés general.
4. Conforme con la Constitución y la ley, los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva.

Artículo 92

1. Toda persona y comunidad tiene derecho a participar libremente en la vida cultural y artística y a gozar de sus diversas expresiones, bienes, servicios e institucionalidad. Tiene derecho a la libertad de crear y difundir las culturas y las artes, así como a disfrutar de sus beneficios.
2. Asimismo, tiene derecho a la identidad cultural y a conocer y educarse en las diversas culturas.
3. Igualmente, tiene derecho al uso de espacios públicos para desarrollar expresiones y manifestaciones culturales y artísticas, sin más limitaciones que las establecidas en la ley.
4. El Estado promueve, fomenta y garantiza la interrelación armónica y el respeto de todas las expresiones simbólicas, culturales y patrimoniales, sean estos materiales e inmateriales y el acceso, desarrollo y difusión de las culturas, las artes y los conocimientos, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y contribuciones, bajo los principios de colaboración e interculturalidad.
5. Además, debe generar las instancias para que la sociedad contribuya al desarrollo de la creatividad cultural y artística, en sus más diversas expresiones.
6. El Estado promueve las condiciones para el libre desarrollo de la identidad cultural de las comunidades y personas, así como de sus procesos culturales

Artículo 96

1. Toda persona tiene derecho a participar libremente de la creación, el desarrollo, la conservación y la innovación de los diversos sistemas de conocimientos y a la transferencia de sus aplicaciones, así como a gozar de sus beneficios.
2. El Estado reconoce y fomenta el desarrollo de los diversos sistemas de conocimientos en el país, considerando sus diferentes contextos culturales, sociales y territoriales. Asimismo, promueve su acceso equitativo y abierto, lo que comprende el intercambio y la comunicación de conocimientos a la sociedad de la forma más amplia posible.
3. El Estado reconoce el derecho de los pueblos y naciones indígenas a preservar, revitalizar, desarrollar y transmitir los conocimientos tradicionales y saberes ancestrales y debe, en conjunto con ellos, adoptar medidas eficaces para garantizar su ejercicio.

Artículo 100

Toda persona y pueblo tiene derecho a comunicarse en su propia lengua o idioma y a usarlas en todo espacio. Ninguna persona o grupo será discriminado por razones lingüísticas.

Artículo 101

El Estado reconoce y protege los patrimonios naturales y culturales, materiales e inmateriales y garantiza su conservación, revitalización, aumento, salvaguardia y transmisión a las generaciones futuras, cualquiera sea el régimen jurídico y titularidad de dichos bienes. Asimismo, fomenta su difusión y educación

Artículo 102

1. El Estado, en conjunto con los pueblos y naciones indígenas, adoptará medidas positivas para la recuperación, la revitalización y el fortalecimiento del patrimonio cultural indígena.
2. Asimismo, reconoce el patrimonio lingüístico constituido por las diferentes lenguas indígenas del territorio nacional, las que son objeto de revitalización y protección, especialmente aquellas que tienen el carácter de vulnerables.
3. Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a obtener la repatriación de sus objetos de cultura y restos humanos. El Estado adoptará mecanismos eficaces para su restitución y repatriación. A su vez, garantiza el acceso a su patrimonio, incluyendo objetos de su cultura, restos humanos y sitios culturalmente significativos para su desarrollo.

Artículo 108

1. Toda persona tiene derecho al pleno acceso a la justicia y a requerir de los tribunales de justicia la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, de manera oportuna y eficaz conforme a los principios y estándares reconocidos en la Constitución y las leyes.
2. Es deber del Estado remover los obstáculos sociales, culturales y económicos que impidan o limiten la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para la tutela y el ejercicio de sus derechos.
3. Los tribunales deben brindar una atención adecuada a quienes presenten peticiones o consultas ante ellos, otorgando siempre un trato digno y respetuoso, conforme a la ley.
4. El Estado asegura el derecho a asesoría jurídica gratuita e íntegra, por parte de abogadas y abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, a toda persona que no pueda obtenerla por sí misma, en los casos y en la forma que establezcan la Constitución y la ley.
5. Es deber del Estado otorgar asistencia jurídica especializada para la protección del interés superior de niñas, niños y adolescentes, especialmente cuando estos han sido sujetos de medidas de protección. Además, debe procurar crear todas las condiciones necesarias para el resguardo de sus derechos.
6. El Estado debe garantizar que los órganos que intervienen en el proceso respeten y promuevan el derecho a acceder a una justicia con perspectiva intercultural.

7. Las personas tienen derecho a una asistencia jurídica especializada, intérpretes, facilitadores interculturales y peritajes consultivos, cuando así lo requieran y no puedan proveérselos por sí mismas.
8. El Estado garantiza el acceso a la justicia ambiental.

CAPÍTULO IV PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

Artículo 162

1. En los órganos colegiados de representación popular a nivel nacional, regional y comunal se establecen escaños reservados para los pueblos y naciones indígenas cuando corresponda y en proporción a su población dentro del territorio electoral respectivo. Sus requisitos, forma de postulación, número y mecanismos de actualización serán determinados por la ley.
2. Podrán votar por estos escaños solo quienes pertenezcan a dichos pueblos y naciones y que formen parte de un registro especial denominado Registro Electoral Indígena. Dicho registro será elaborado y administrado por el Servicio Electoral sobre la base de los archivos que conservan los órganos estatales, de los que posean los pueblos y naciones indígenas sobre sus miembros y de las solicitudes de ciudadanos y ciudadanas que se autoidentifiquen como tales, en los términos que indique la ley.
3. Se creará un registro del pueblo tribal afrodescendiente chileno bajo las mismas reglas del presente artículo.

CAPÍTULO V BUEN GOBIERNO Y FUNCIÓN PÚBLICA

Artículo 165

1. El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar cumplimiento a los principios de probidad, transparencia y rendición de cuentas en todas sus actuaciones. Además, se rige por los principios de eficiencia, eficacia, responsabilidad, publicidad, buena fe, interculturalidad, enfoque de género, inclusión, no discriminación y sustentabilidad.
2. La función pública se deberá brindar con pertinencia territorial, cultural y lingüística.

CAPÍTULO VI

ESTADO REGIONAL Y ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

Artículo 187

1. El Estado se organiza territorialmente en entidades territoriales autónomas y territorios especiales.
2. Son entidades territoriales autónomas las comunas autónomas, regiones autónomas y autonomías territoriales indígenas. Están dotadas de autonomía política, administrativa y financiera para la realización de sus fines e intereses. Tienen personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y las potestades y competencias necesarias para gobernarse en atención al interés general de la república, de acuerdo con la Constitución y la ley, teniendo como límites los derechos humanos y de la naturaleza.
3. La creación, modificación, delimitación y supresión de las entidades territoriales deberá considerar criterios objetivos en función de antecedentes históricos, geográficos, sociales, culturales, ecosistémicos y económicos, garantizando la participación popular, democrática y vinculante de sus habitantes.
4. En ningún caso el ejercicio de la autonomía podrá atentar en contra del carácter único e indivisible del Estado de Chile ni permitirá la secesión territorial.

Artículo 190

Las entidades territoriales y sus órganos deben actuar coordinadamente en cumplimiento de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad; respetar y proteger las diversas formas de concebir y organizar el mundo, de relacionarse con la naturaleza; y garantizar los derechos de autodeterminación y de autonomía de los pueblos y naciones indígenas.

Artículo 191

Participación en las entidades territoriales en el Estado regional.

1. Las entidades territoriales garantizan el derecho de sus habitantes a participar, individual o colectivamente en las decisiones públicas, comprendiendo en ella la formulación, la ejecución, la evaluación, la fiscalización y el control democrático de la función pública, con arreglo a la Constitución y las leyes.
2. Los pueblos y naciones indígenas deberán ser consultados y otorgarán el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución.

Autonomía territorial indígena

Artículo 234

1. La autonomía territorial indígena es la entidad territorial dotada de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, donde los pueblos y naciones indígenas ejercen derechos de autonomía en coordinación con las demás entidades territoriales. Es deber del Estado reconocer, promover y garantizar las autonomías territoriales indígenas para el cumplimiento de sus fines.
2. La ley, mediante un proceso de participación y consulta previa, creará un procedimiento oportuno, eficiente y transparente para la constitución de las autonomías territoriales indígenas. Dicho procedimiento deberá iniciarse a requerimiento de los pueblos y naciones indígenas interesados, a través de sus autoridades representativas.

Artículo 235

La ley deberá establecer las competencias exclusivas de las autonomías territoriales indígenas y las compartidas con las demás entidades territoriales. Las autonomías territoriales indígenas deberán tener las competencias y el financiamiento necesario para el adecuado ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos y naciones indígenas.

Territorios especiales.

Artículo 236

1. Son territorios especiales Rapa Nui y el archipiélago Juan Fernández, los que se rigen por sus respectivos estatutos.
2. En virtud de las particularidades geográficas, climáticas, ambientales, económicas, sociales y culturales de una determinada entidad territorial o parte de esta, la ley podrá crear territorios especiales.
3. En los territorios especiales, la ley podrá establecer regímenes económicos y administrativos diferenciados, así como su duración, teniendo en consideración las características propias de estas entidades.

CAPÍTULO VII PODER LEGISLATIVO

Artículo 252

1. El Congreso de Diputadas y Diputados es un órgano deliberativo, paritario y plurinacional que representa al pueblo. Concorre a la formación de las leyes y ejerce las demás facultades encomendadas por la Constitución.
2. El Congreso está integrado por un número no inferior a ciento cincuenta y cinco integrantes electos en votación directa por distritos electorales. Una ley de acuerdo regional determinará el número de integrantes, los distritos electorales y la forma de su elección, atendiendo al criterio de proporcionalidad.
3. Los escaños reservados en el Congreso de Diputadas y Diputados para los pueblos y naciones indígenas serán elegidos en un distrito único nacional. Su número se define en forma proporcional a la población indígena en relación con la población total del país. Se deben adicionar al número total de integrantes del Congreso. La ley regulará los requisitos, los procedimientos y la distribución de los escaños reservados.

Cámara de las Regiones

Artículo 254

1. La Cámara de las Regiones es un órgano deliberativo, paritario y plurinacional de representación regional encargado de concurrir a la formación de las leyes de acuerdo regional y de ejercer las demás facultades encomendadas por esta Constitución.
2. Sus integrantes se denominan representantes regionales y se eligen en votación popular, conjuntamente con las autoridades comunales y regionales, tres años después de la elección presidencial y del Congreso.
3. La ley determinará el número de representantes regionales que se elegirán por región, el que deberá ser el mismo para cada región y en ningún caso inferior a tres, asegurando que la integración final del órgano respete el principio de paridad. Asimismo, la ley regulará la integración de los escaños reservados en la Cámara de las Regiones.
4. La ley especificará sus derechos y obligaciones especiales, las que, en todo caso, deberán incluir la obligación de rendir cuenta periódicamente ante la asamblea regional que representa. También podrán ser especialmente convocadas y convocados al efecto.
5. La Cámara de las Regiones no podrá fiscalizar los actos del Gobierno ni la institucionalidad que de él dependan.

CAPÍTULO VIII

PODER EJECUTIVO

Artículo 296

1. A la Presidenta o al Presidente de la República le corresponde la conducción de la seguridad pública a través del ministerio correspondiente.
2. La disposición, la organización y los criterios de distribución de las policías se establecerán en la Política Nacional de Seguridad Pública. La ley regulará la vigencia, los alcances y los mecanismos de elaboración y aprobación de dicha política, la que deberá comprender la perspectiva de género y de interculturalidad y el pleno respeto al derecho internacional y los derechos fundamentales.

Artículo 298

1. A la Presidenta o al Presidente de la República le corresponde la conducción de la defensa nacional y desempeña la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas. Ejercerá el mando a través del ministerio a cargo de la defensa nacional.
2. La disposición, la organización y los criterios de distribución de las Fuerzas Armadas se establecerán en la Política de Defensa Nacional y la Política Militar. La ley regulará la vigencia, los alcances y los mecanismos de elaboración y aprobación de dichas políticas, las que deberán incorporar los principios de cooperación internacional, de igualdad de género y de interculturalidad y el pleno respeto al derecho internacional y los derechos fundamentales.

Artículo 305

1. Una vez declarado el estado de excepción, se constituirá una Comisión de Fiscalización dependiente del Congreso de Diputadas y Diputados, de composición paritaria y plurinacional, integrada por diputadas y diputados, por representantes regionales y por representantes de la Defensoría del Pueblo, en la forma que establezca la ley. Dicho órgano deberá fiscalizar las medidas adoptadas bajo el estado de excepción, para lo cual emitirá informes periódicos que contengan un análisis de ellas, su proporcionalidad y la observancia de los derechos humanos y tendrá las demás atribuciones que le encomiende la ley.
2. Los órganos del Estado deben colaborar y aportar todos los antecedentes requeridos por la Comisión para el desempeño de sus funciones. En caso de que tome conocimiento de vulneraciones a lo dispuesto en esta Constitución o la ley, debe efectuar las denuncias pertinentes, las cuales serán remitidas y conocidas por los órganos competentes. La ley regulará su integración y funcionamiento.

CAPÍTULO IX

SISTEMAS DE JUSTICIA

Artículo 307

1. La jurisdicción es una función pública que se ejerce en nombre de los pueblos y que consiste en conocer y juzgar, por medio de un debido proceso, los conflictos de relevancia jurídica y hacer ejecutar lo resuelto, conforme a la Constitución y las leyes, así como a los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte.
2. Se ejerce exclusivamente por los tribunales de justicia y las autoridades de los pueblos y naciones indígenas reconocidos por la Constitución o las leyes dictadas conforme a ella.
3. El ejercicio de la jurisdicción debe velar por la tutela y promoción de los derechos humanos y de la naturaleza, del sistema democrático y el principio de juridicidad.

Artículo 309

1. El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia. Estos deberán respetar los derechos fundamentales que establecen esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte.
2. La ley determinará los mecanismos de coordinación, de cooperación y de resolución de conflictos de competencia entre los sistemas jurídicos indígenas y las entidades estatales.

Artículo 322

1. La función jurisdiccional se define en su estructura, integración y procedimientos conforme a los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad.
2. Cuando se trate de personas indígenas, los tribunales y sus funcionarios deberán adoptar una perspectiva intercultural en el tratamiento y resolución de las materias de su competencia, tomando debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, los protocolos y los sistemas normativos de los pueblos indígenas, conforme a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte.

Artículo 329

La Corte Suprema conocerá y resolverá las impugnaciones deducidas en contra de las decisiones de la jurisdicción indígena, lo hará en sala especializada y asistida por una consejería técnica integrada por expertos en su cultura y derecho propio, en la forma que establezca la ley.

Artículo 344

1. El Consejo de la Justicia se compone de diecisiete integrantes, conforme a la siguiente integración:
 - a) Ocho juezas o jueces titulares elegidos por sus pares.
 - b) Dos funcionarias, funcionarios o profesionales del Sistema Nacional de Justicia elegidos por sus pares.
 - c) Dos integrantes elegidos por los pueblos y naciones indígenas en la forma que determinen la Constitución y la ley. Deberán ser personas de comprobada idoneidad para el ejercicio del cargo y que se hayan destacado en la función pública o social.
 - d) Cinco personas elegidas por el Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones en sesión conjunta, previa determinación de las ternas correspondientes por concurso público, a cargo del Consejo de Alta Dirección Pública. Deberán ser profesionales con a lo menos diez años del título correspondiente, que se hayan destacado en la actividad profesional, académica o en la función pública.
2. Durarán seis años en sus cargos y no podrán reelegirse. Se renovarán por parcialidades cada tres años conforme a lo establecido por la ley.
3. Sus integrantes serán elegidos de acuerdo con criterios de paridad de género, plurinacionalidad y equidad territorial.

CAPÍTULO XI REFORMA Y REEMPLAZO DE LA CONSTITUCIÓN

Artículo 387

1. La Asamblea Constituyente tendrá como única función la redacción de una propuesta de nueva Constitución. Estará integrada paritariamente y con equidad territorial, con participación en igualdad de condiciones entre independientes e integrantes de partidos políticos y con escaños reservados para pueblos y naciones indígenas.

2. Una ley regulará su integración; el sistema de elección; su duración, que no será inferior a dieciocho meses; su organización mínima; los mecanismos de participación popular y consulta indígena del proceso, y demás aspectos generales que permitan su instalación y funcionamiento regular.
3. Una vez redactada y entregada la propuesta de nueva Constitución a la autoridad competente, la Asamblea Constituyente se disolverá de pleno derecho.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Tercera

1. El Presidente de la República deberá iniciar el trámite legislativo para adecuar la legislación electoral a esta Constitución en el plazo de un año desde su entrada en vigencia.
2. Si un año antes de la fecha de elecciones para órganos colegiados previstas en esta Constitución no se ha adecuado la legislación electoral para la determinación territorial, así como para la integración paritaria de género y de escaños reservados para pueblos y naciones indígenas; las elecciones se regirán, por única vez, por las siguientes reglas:
 - a) El Congreso de Diputadas y Diputados estará compuesto por 155 representantes, más los representantes de escaños reservados para pueblos y naciones indígenas. Para la definición de los distritos electorales se seguirá lo dispuesto en los artículos 187 y 188 de la ley Nº18.700, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley Nº 2, de 2017, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
 - b) Las asambleas regionales estarán integradas según lo dispuesto en los artículos 29 y 29 bis de la ley Nº19.175, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley Nº 1-19.175, de 2005, del Ministerio del Interior. En el caso de los concejos comunales, se aplicará lo dispuesto en el artículo 72 de la ley Nº18.695, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2006, del Ministerio del Interior.
 - c) La Cámara de las Regiones se integrará por 3 representantes por región, quienes se elegirán conforme a las circunscripciones establecidas en el artículo 190 de la ley Nº18.700, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley Nº 2, de 2017, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia
 - d) Para garantizar el equilibrio de género, se aplicará a la declaración de candidaturas para las elecciones de los órganos de representación popular lo establecido en la disposición

transitoria trigésima de la Constitución anterior, conforme con lo señalado por el artículo 161. Asimismo, para garantizar la integración paritaria de género en las elecciones de cada distrito, región y comuna se aplicará lo dispuesto en el número 4 de la disposición transitoria trigésima primera de la Constitución anterior, siguiendo el mandato contenido en el artículo 6 inciso 2. Solo en el caso de la Cámara de las Regiones, dicha normativa se aplicará cuando su composición nacional no cumpla con la integración paritaria, caso en el cual la corrección de género se aplicará comenzando por la región en que se haya asignado un escaño al candidato porcentualmente menos votado de la lista menos votada.

- e) Para el cumplimiento de la integración de escaños reservados de pueblos y naciones indígenas en estos órganos, se aplicarán, en lo pertinente y necesario, las reglas establecidas en las disposiciones transitorias cuadragésima tercera y siguientes de la Constitución anterior. El Servicio Electoral determinará la procedencia y, en su caso, el número de escaños reservados que correspondan para cada órgano. En caso de proceder la integración de escaños reservados, estos se considerarán por sobre el número de representantes establecidos previamente con criterios de proporcionalidad, paridad y representatividad.
3. El Presidente de la República, dentro del plazo de un año desde la entrada en vigencia de la presente Constitución, iniciará el trámite legislativo para regular la creación y actualización del Registro Electoral Indígena a que se refiere el artículo 162 de esta Constitución. El Servicio Electoral asegurará la difusión y los medios logísticos necesarios para facilitar el registro de los electores indígenas.

Octava

1. El procedimiento legislativo regulado en esta Constitución entrará en régimen el 11 de marzo de 2026. Hasta entonces, la tramitación legislativa se regirá por el procedimiento legislativo vigente con anterioridad a la publicación de esta Constitución, salvo lo dispuesto en los artículos 270 inciso 1 y 271, y la iniciativa popular e indígena contemplada en el artículo 269 inciso 1, que entrarán en vigencia junto con la presente Constitución. Para efectos del cómputo del quorum, se entenderá que la referencia al Congreso de Diputadas y Diputados y a la Cámara de las Regiones es a la Cámara de Diputadas y Diputados y al Senado, respectivamente.
2. La tramitación de los proyectos de ley que versen sobre las materias de acuerdo regional señaladas en el artículo 268 de esta Constitución y que no hayan sido despachados al 11 de marzo de 2026 continuará conforme a las nuevas reglas. Respecto de los proyectos restantes y que se encuentren en tramitación en el Senado, se presumirá que la Cámara de las Regiones ha solicitado su revisión de acuerdo con lo establecido en el artículo 273.

Decimoséptima

Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Presidente de la República, previo proceso de participación y consulta indígena, deberá enviar al Poder Legislativo el proyecto de ley que regule los procedimientos de creación, formas de delimitación territorial, estatutos de funcionamiento, competencias, resolución de contiendas entre entidades territoriales y demás materias relativas a las autonomías territoriales indígenas. Ingresado el proyecto, el Poder Legislativo tendrá un plazo máximo de tres años para su tramitación y despacho.

Decimoctava

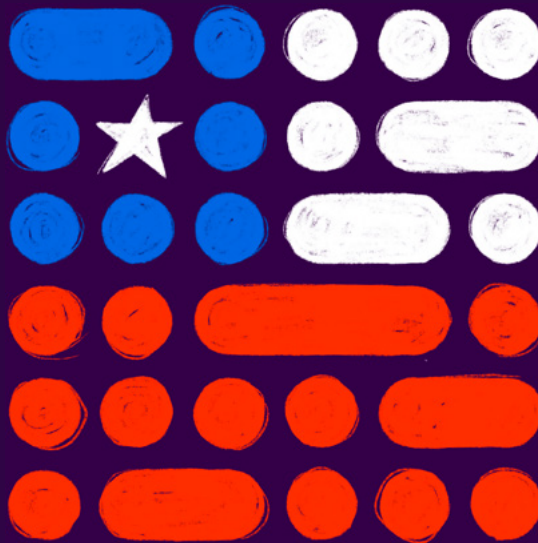
En el plazo de un año desde la entrada en vigencia de la Constitución, el Estado deberá iniciar un proceso de consulta y participación indígena con el pueblo Rapanui para determinar el procedimiento, la integración y el plazo de creación de la Asamblea Territorial Rapa Nui, que se constituirá con el objeto de elaborar el estatuto que regulará el ejercicio de la autonomía del territorio. El estatuto deberá, además, regular los mecanismos de coordinación con el Estado y el resto de las entidades territoriales y la forma de implementación de las leyes especiales que rigen en Rapa Nui. El estatuto y su proceso de elaboración tienen como límite lo señalado en esta Constitución.

Vigesimoctava

1. Dentro del plazo de un año desde la entrada en vigencia de esta Constitución, el Presidente de la República convocará a una Comisión Territorial Indígena, la cual determinará catastros, elaborará planes, políticas, programas y presentará propuestas de acuerdos entre el Estado y los pueblos y naciones indígenas para la regularización, titulación, demarcación, reparación y restitución de tierras indígenas. Sus avances serán remitidos periódicamente a los órganos competentes para su progresiva implementación, obligándose estos a dar cuenta semestralmente de sus avances en la materia.
2. La Comisión estará integrada por representantes de todos los pueblos y naciones indígenas, determinados por sus organizaciones representativas, a través de un proceso de participación indígena convocado de conformidad con el artículo 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Dicha comisión estará integrada, además, por representantes del Estado y por personas de reconocida idoneidad, quienes serán nombradas por el Presidente de la República. El Estado deberá garantizar su debido financiamiento, infraestructura, acceso a la información necesaria, asistencia técnica, administrativa y, además, podrá convocar a organismos internacionales para desempeñarse como observadores garantes del proceso. La Comisión funcionará durante cuatro años, prorrogables por otros dos.

¿CONSTITUCIÓN INDIGENISTA?

ANÁLISIS DE NORMAS REFERIDAS A DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS EN EL BORRADOR DE NUEVA CONSTITUCIÓN APROBADO POR EL PLENO DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO



OBSERVATORIO
CIUDADANO



Financiado por
la Unión Europea