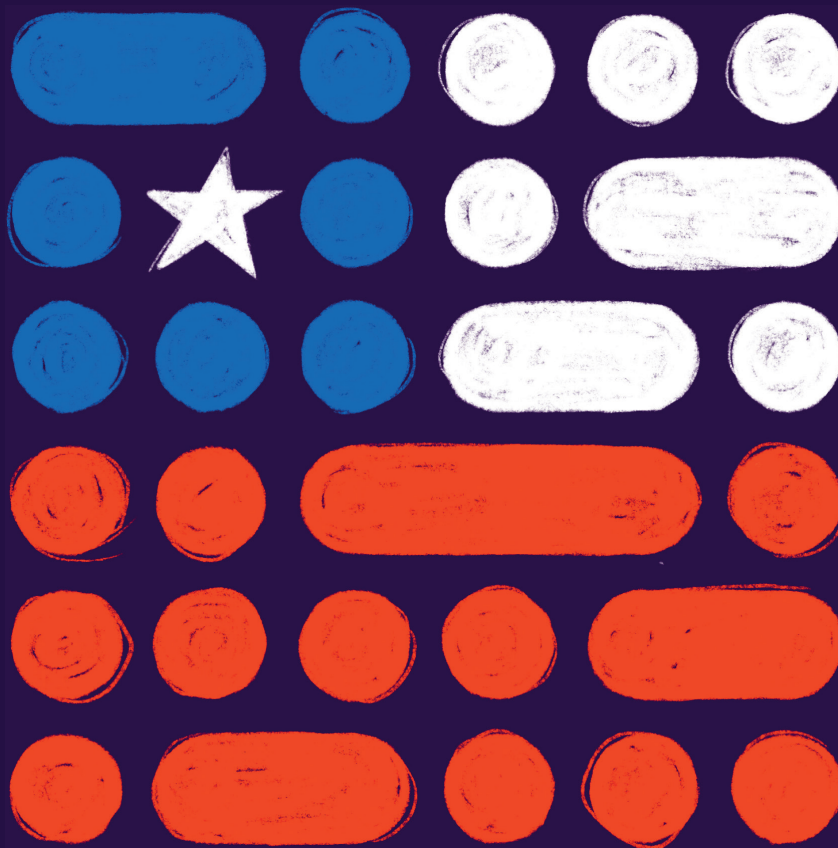


¿CONSTITUCIÓN INDIGENISTA?

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





© Observatorio Ciudadano | Mayo 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 EL BORRADOR DE NUEVA CONSTITUCIÓN APROBADO POR EL PLENO DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

*José Aylwin¹

En las últimas semanas desde sectores conservadores, incluyendo desde convencionales y medios de comunicación cercanos a ellos, se han hecho fuertes críticas a las normas hasta ahora aprobadas por el Pleno de la Convención Constitucional (en adelante CC) sobre los pueblos indígenas y sus derechos que integrarán el texto de la futura Constitución que será sometido a plebiscito en septiembre próximo. En dichas críticas se ha señalado que ellas harían de la futura carta fundamental, de ser aprobada, una Constitución indigenista.² Así se ha señalado que dichas normas van más allá del estándar del derecho internacional sobre la materia, así como también del contenido del constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas sobre estos pueblos. Se ha señalado, además, que estas normas 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.

Ello como se verá en este informe no responde a la realidad. Para ello analizamos la consistencia de las normas referidas a estos pueblos contenidas en el Borrador de Nueva Constitución aprobado por el Pleno de la CC al 14 de mayo pasado (Ver Anexo)³, con el derecho internacional aplicable a

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

2 Al respecto ver artículo de Fernando Pairican en The Clinic, 13 de abril de 2022.
Disponible en <https://www.theclinic.cl/2022/04/13/constitucion-indigenista-fake-news-de-la-derecha-chilena/>

3 Convención Constitucional (mayo 2022). Borrador Nueva Constitución.
En <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22-1.pdf>

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. Junto a ello se analiza la consistencia de las normas aprobadas por el pleno de 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 normas hasta ahora aprobadas por el pleno de la CC en relación a estos pueblos son plenamente consistentes con el derecho internacional que les es aplicable antes referido. También lo son 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.

Con todo, consideramos que sería recomendable que la Comisión de Armonización desarrollase un esfuerzo de síntesis de las normas hasta ahora aprobadas, las que son muy numerosas (48 al 14 de mayo). Ello de modo de evitar la duplicidad que existe entre normativas referidas a una misma temática, como por ejemplo, en materia de autonomía, o en materia de derechos culturales de estos pueblos. También resulta fundamental el trabajo de esta Comisión para aclarar contenidos de normas que aparecen como contradictorias entre si. Es el caso, por ejemplo, de aquellas normas

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

que refieren al derecho de los pueblos indígenas a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. Así el Capítulo sobre Estado Regional contiene una norma que dispone que “[L]os pueblos y naciones preexistentes al Estado deberán ser consultados y otorgar el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución” (artículo 7). Por otra parte, en el Capítulo sobre Derechos Fundamentales se dispone que los pueblos y naciones indígenas “...tienen el derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen... Es deber del Estado y sus órganos requerir el consentimiento en los casos conforme a esta Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales ratificados y vigentes en Chile”. (artículo 25). Mientras en la primera norma la obtención por el Estado del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en los procesos de consulta es planteado como la regla general, en la segunda norma dicho consentimiento se limita a los casos referidos señalados por la Constitución, la ley y los tratados internacionales ratificados y vigentes.

Como se explica en este análisis, el derecho internacional, si bien refiere tanto a la consulta como al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, establece que este último derecho constituye, en la generalidad de los casos un fin u objetivo de la consulta a estos pueblos frente a medidas susceptibles de afectarles directamente. Ello en tanto que la obligación de los estados de alcanzar su consentimiento libre, previo e informado está limitado a ciertas medidas específicas, como se detalla más adelante en este informe.

También parece fundamental el trabajo a desarrollar por la Comisión que propondrá las disposiciones transitorias de la Constitución. Ello toda vez que resulta muy diferente la afirmación de derechos de pueblos indígenas a la igualdad y no discriminación, la prohibición de la asimilación forzada, o de sus derechos culturales, que la puesta en marcha del pluralismo jurídico, o de las autonomías territoriales indígenas, o derecho de los pueblos indígenas a la regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución de sus tierras y territorios. Aunque la materialización de la mayoría de estos derechos, como lo señalan las normas aprobadas por el Pleno, requerirá en muchos casos de la dictación de legislación, en el caso de estos últimos derechos identificados, dada su carácter progresivo, se requerirá además del establecimiento de plazos para hacerlos efectivos, plazos que tendrán que ser establecidos en las disposiciones transitorias de la Constitución.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que las normas hasta ahora aprobadas por el Pleno de la CC, lejos de hacer del texto constitucional a ser propuesto a la ciudadanía 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 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 normas aprobadas vienen a poner término a la ficción del Estado-Nación, reconociendo una plurinacionalidad de naciones en su interior regidos por la misma carta fundamental, y 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 normas aprobadas por el Pleno de la CC proponen una interculturalidad que fortalecerá la diversidad, y consecuentemente, la riqueza cultural de nuestro país.

Finalmente, y lejos además de establecer sectores privilegiados en la nueva Constitución, como también se ha afirmado por los detractores de las normas hasta ahora aprobadas por el Pleno en la materia, estas constituyen una manera 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 TEMÁTICAS CONSIDERADAS EN LAS NORMAS APROBADAS POR EL PLENO DE LA CC EN LA MATERIA

Son muchas las temáticas abordadas y conceptos incorporados en las normas hasta ahora aprobadas por el Pleno de la CC en relación a los pueblos indígenas y 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.

El borrador de Constitución aprobado por el Pleno de la CC utiliza los términos “pueblos y naciones indígenas” para referir a los pueblos originarios a lo largo del articulado propuesto. 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 diferentes⁵, 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.⁶

En cuanto a la referencia que se hace en las normas aprobadas por el Pleno 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.

5 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.

6 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, entre otras normas del borrador de constitución aprobada por el Pleno de la CC, en los artículos 4 y 5 del Capítulo de la Democracia (Del Estado Plurinacional y Libre determinación de los Pueblos); artículo 1 del Capítulo de Principios Constitucionales; artículos 7 y 10 del Capítulo del Estado Regional; y los artículos 8 y 13 del Capítulo de Sistemas de Conocimiento.

La preexistencia de los pueblos indígenas a los Estados constituye un hecho objetivo indiscutido 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 se encuentra establecida en, entre otras normas del borrador de constitución aprobada por el Pleno de la CC, en los artículos 4 y 5 del Capítulo de la Democracia (Del Estado Plurinacional y Libre determinación de los Pueblos); en los artículos 1 y 12 (Principios Constitucionales); en los artículos 1 y 10 del Capítulo del Estado Regional; y en los artículos 15 y 29 (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»⁷. Lejos de la preocupación de que su reconocimiento

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

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.”⁸ 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 mundo⁹, 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).

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

La interculturalidad se encuentra establecida en, entre otras normas del borrador de constitución aprobada por el Pleno de la CC, en los artículos 4 y 5 del Capítulo de la Democracia (Del Estado Plurinacional y Libre determinación de los Pueblos); artículos 1 y 11 (Principios constitucionales); artículos 1 y 10 del Capítulo del Estado Regional; artículo 14 (Derechos Fundamentales); artículos 9 y 15 (Sistemas de Justicia) y artículo 9 (Sistemas de Conocimiento).

De la misma manera, el reconocimiento de la interculturalidad, entendida por la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de Naciones Unidas (2005) como “la presencia e interacción equitativa de diversas culturas

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

9 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.

y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo”(artículo 4.8), 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 y artículo 20 (autodeterminación) del Capítulo de la Democracia (Del Estado Plurinacional y Libre determinación de los Pueblos); artículos 10 (autodeterminación), 22 y 30 del Capítulo del Estado Regional; y en el artículo 2 (Sistemas de Justicia). 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 fuere señalado, 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). 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 propias¹⁰. 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...”¹¹.

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).

El derecho de los pueblos indígenas a la autonomía o autogobierno se encuentra establecido en, entre otras normas del borrador de constitución aprobada por el Pleno de la CC, en los artículos 5 y 20 del Capítulo de la Democracia (Del Estado Plurinacional y Libre determinación de los Pueblos); en los artículos 2, 5, 10, 19, 21, 22 y 30 del Capítulo del Estado Regional; en el artículo 20 quinquies (Derechos Fundamentales); y artículo 4 (Medio Ambiente).

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).

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

10 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>

11 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 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 importante parte del territorio de ese país.¹²

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

Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus instituciones, jurisdicciones y autoridades propias o tradicionales (incluyendo sistemas de justicia propios) se encuentran establecidos a lo largo de todo el borrador de constitución aprobada por el Pleno de la CC. En particular cabe destacar el artículo 5 del Capítulo de la Democracia (Del Estado Plurinacional y Libre determinación de los Pueblos); los artículos 14, 20 quinquies y 25 (Derechos fundamentales); artículo 21 (Estado regional); los artículos 2, 9, 15 del Capítulo 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 respetar los

¹² 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/>

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.”¹³ 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.¹⁴

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.¹⁵

Siempre en materia de pluralismo jurídico y de reconocimiento de sistemas de justicia

13 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.

14 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/>

15 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>

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.¹⁶

16 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 varias normas del borrador de constitución aprobada por el Pleno de la CC. En particular cabe destacar el artículo 5 del Capítulo de la Democracia (Del Estado Plurinacional y Libre determinación de los Pueblos); los artículos 2, 7, 10 y 21 del Capítulo sobre Estado Regional; los artículos 14 y 25 del Capítulo sobre Derechos fundamentales; el artículo 21 del Capítulo sobre Estado regional; y el artículo 29 de Sistemas de Justicia.

La participación en sus diferentes dimensiones constituye un derecho fundamental reconocido en todos los instrumentos internacionales referidos a estos pueblos, así como también por 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, en igualdad de condiciones con los

pueblos indígenas, es considerada en las normas aprobadas por la CC en el Capítulo referido a la democracia.

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 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.”¹⁷

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.¹⁸

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

18 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 el consentimiento libre previo e informado

El derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de los pueblos indígenas se encuentra reconocido en el artículo 7 del Capítulo sobre Estado Regional y en el artículo 25 del Capítulo sobre Derechos Fundamentales.

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.¹⁹ 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).

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 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

¹⁹ 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.

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.”²⁰

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.”²¹

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. Así el Comité EDR en su Recomendación General núm. 23 (1997) referida a los derechos de los pueblos indígenas recomendó a los Estados partes “... que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses

20 *Ibíd.*p.17.

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

sin su consentimiento informado.”²² Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su decisión 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, y al amparo del artículo 27 del PIDCP Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre derechos de las minorías étnicas y culturales, 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”.²³

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 (1977 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 República finlandesa (1999).

Como se señalará en la introducción, se hace necesario establecer una norma coherente en esta materia en el articulado del texto constitucional a ser sometido a plebiscito. Ello

22 Naciones Unidas Comité EDR (1997). Recomendación general N° XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas. 51º período de sesiones (1997). A/52/18.

23 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.

toda vez que mientras en el Capítulo sobre Estado Regional (Comisión 3) se establece que “[l]os pueblos y naciones preexistentes al Estado deberán ser consultados y otorgar el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución” (artículo 7), el en Capítulo sobre Derechos fundamentales (Comisión 4) se dispone que “[l]os pueblos y naciones indígenas tienen el derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen” (artículo 25). Al hacerlo se debe tener presente que las directrices del derecho internacional, así como el derecho constitucional comparado sobre esta materia establece 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 el CLPI de estos pueblos se limita a las situaciones excepcionales antes identificadas.

8. Derechos sobre sus tierras, territorios y recursos

Las normas del borrador aprobado por el Pleno de la CC reconocen los derechos de estos pueblos sobre sus tierras, territorios y recursos. De acuerdo a dichas norma estos derechos incluyen la propiedad de las tierras indígenas a ser protegida por el Estado a través de su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución; a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios, en particular a las aguas de uso tradicional; la protección del territorio marítimo, del especial vínculo de naturaleza material e inmaterial que mantienen con estos; y de las aguas de uso tradicional en territorios indígenas (artículo 5 Sistema Político; artículo 21 del Capítulo de Derechos Fundamentales; y artículo 4 del Capítulo de Medio Ambiente). Tales normas encuentran solido 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.²⁴ 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»”²⁵

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.”

²⁴ Oficina Internacional del Trabajo (Departamento de Normas Internacionales del Trabajo) (2013). Op cit.

²⁵ 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

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. 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.”²⁶

Los mismos derechos han sido afirmados de manera reiterada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Desde su decisión en el caso *Awat 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.”²⁷ 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 incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.”²⁸ 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

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

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

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

su cultura” (Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya 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 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 como los espacios marinos 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.

Los derechos a los espacios costeros y marinos de uso consuetudinario de pueblos indígenas también han sido reafirmados por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU en su decisión de 2005 ante al reclamo del pueblo maorí de Nueva Zelanda, con ocasión de una legislación estatal que les confiscó estos derechos. En dicha decisión este Comité estableció que “[t]eniendo en mente la complejidad de las cuestiones involucradas, esta legislación a juicio del Comité parece, en balance, contener aspectos discriminatorios en contra de los Maori, en particular en la extinción de la posibilidad de establecer los derechos consuetudinarios de los Maori sobre la costa y el lecho del mar y en su incapacidad para proveerles un derecho garantizado de reparación, a pesar de las obligaciones del Estado Parte bajo los artículos 5 y 6 de la Convención”.²⁹ En atención a lo anterior el Comité ordenó al Estado de Nueva Zelanda a buscar caminos para mitigar los efectos discriminatorios de esta legislación, incluyendo a través de la adopción de reformas legales.

²⁹ Committee on the Elimination of Racial Discrimination. New Zealand CERD/C/DEC/NZL/1. New Zealand Foreshore and Seabed Act 2004. Sixty-sixth session.,17 February - 11 March 2005 Decision 1 (66), parág. 6. Traducción del autor.

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.³⁰ 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

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

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, que incluyen entre otros, el derecho a la diversidad cultural y a su propia cultura, a la identidad y cosmovisión, al patrimonio y la lengua indígena, han sido recepcionados por diversas normas del borrador de constitución aprobada por el Pleno de la CC. Entre estas normas destacan el artículo 5 del Capítulo de la Democracia (Del Estado Plurinacional y Libre determinación de los Pueblos); los artículos 11 y 12 del Capítulo de Principios constitucionales; el artículo 2 del Capítulo del Estado Regional; artículo 20 quinquies del Capítulo de Derechos Fundamentales; el artículo 26 del Capítulo de Sistemas de Justicia; y los artículos 1, 4, 8, 9, 13 y 15 del Capítulo de Sistemas de Conocimientos.

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 aplicables a los miembros de los pueblos indígenas.³¹ 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

³¹ Comité de Derechos Humanos (Naciones Unidas). Observación General N° 23, N°7.

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”.

En su artículo 13 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 (19982 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 que fue aprobada por el Pleno de la CC y forma parte del borrador de nueva CP. Con todo, este se encuentra específicamente desarrollado en el artículo 23 del Capítulo sobre derechos fundamentales. 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.³² 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).

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,

³² Comité de Derechos Humanos (Naciones Unidas). Observación General N° 23, N°7 Corte IDH, caso Yatama vs. Nicaragua, 2005.

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 N° 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.” (párr. 4)³³

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).³⁴

Cabe reiterar, como fuera señalado, que el Convenio 169 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 de la colectividad nacional, y que [están] regidos total o parcialmente

³³ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Recomendación general N° XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas (1997)

³⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2011). Recomendación general N° 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>

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).³⁵

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.

³⁵ 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

ANEXO DE NORMAS REFERIDAS A PUEBLOS INDÍGENAS APROBADAS AL 14 DE MAYO DE 2022 POR EL PLENO DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL QUE INTEGRAN EL BORRADOR DE NUEVA CONSTITUCION

CAPÍTULO (COM 1) DE LA DEMOCRACIA

CAPÍTULO DEL ESTADO PLURINACIONAL Y LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

Artículo 4

Chile es un Estado Plurinacional e Intercultural que reconoce la coexistencia de diversas naciones y pueblos en el marco de la unidad del Estado.

Son pueblos y naciones indígenas preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapa Nui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawashkar, Yaghan, Selk'nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley.

Artículo 5

Los pueblos y naciones indígenas preexistentes y sus miembros, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía y al autogobierno, a su propia cultura, a la identidad y cosmovisión, al patrimonio y la lengua, al reconocimiento de sus tierras, territorios, la protección del territorio marítimo, de la naturaleza 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.

Es deber del Estado Plurinacional, respetar, garantizar y promover con participación de los pueblos y naciones indígenas, el ejercicio de la libre determinación y de los derechos colectivos e individuales de que son titulares.

En cumplimiento de lo anterior, el Estado debe garantizar la efectiva participación de los pueblos indígenas en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones, así como su representación política en órganos de elección popular a nivel local, regional y nacional. Junto con ello, garantizará el diálogo intercultural en el ejercicio de las funciones públicas, creando institucionalidad y promoviendo políticas públicas que favorezcan el reconocimiento y comprensión de la diversidad étnica y cultural de los pueblos y naciones indígenas preexistentes al Estado.

Artículo 59

Se establecerán escaños reservados para los pueblos y naciones indígenas en los órganos colegiados de representación popular a nivel nacional, regional y local, cuando corresponda y en proporción a la población indígena dentro del territorio electoral respectivo, aplicando criterios de paridad en sus resultados.

Una ley determinará los requisitos, forma de postulación y número para cada caso, estableciendo mecanismos que aseguren su actualización.

Artículo 60

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 definirá en forma proporcional a la población indígena en relación a la población total del país. Se deberán adicionar al número total de integrantes del Congreso.

La ley regulará los requisitos, procedimientos y distribución de los escaños reservados.

La integración de los escaños reservados en la Cámara de las Regiones será determinada por ley.

Artículo 61

Podrán votar por los escaños reservados para pueblos y naciones indígenas sólo los ciudadanos y ciudadanas que pertenezcan a dichos pueblos y naciones y que formen parte de un registro especial denominado Registro Electoral Indígena, que administrará el Servicio Electoral.

Dicho registro será construido por el Servicio Electoral sobre la base de los archivos que administren los órganos estatales, 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.

Se creará un registro del pueblo tribal afrodescendiente chileno bajo las mismas reglas del presente artículo.

Artículo 20:

Las relaciones internacionales de Chile, como expresión de su soberanía, se fundan en el respeto al derecho internacional, 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. De igual forma, se compromete con la promoción y respeto de la democracia, el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, la inclusión e igualdad de género, la justicia social, el respeto a la naturaleza, la paz, convivencia y solución pacífica de los conflictos, y con el reconocimiento, respeto y promoción de los derechos

de los pueblos y naciones indígenas y tribales conforme al derecho internacional de los Derechos Humanos.

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 (COM 2)

Principios Constitucionales

Artículo 1: Estado

Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural y ecológico. Se constituye como una República solidaria, su democracia es paritaria y reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza.

La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.

Artículo 3: Soberanía

La soberanía reside en el Pueblo de Chile, conformado por diversas naciones.

Se ejerce democráticamente, de manera directa y mediante representantes, de conformidad a lo dispuesto en esta Constitución y las leyes.

Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos humanos en cuanto atributo que deriva de la dignidad humana.

Artículo 1: Estado

Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural y ecológico. Se constituye como una República solidaria, su democracia es paritaria y reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza.

La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.

Artículo 3: Soberanía

La soberanía reside en el Pueblo de Chile, conformado por diversas naciones.

Se ejerce democráticamente, de manera directa y mediante representantes, de conformidad a lo dispuesto en esta Constitución y las leyes.

Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos humanos en cuanto atributo que deriva de la dignidad humana.

Artículo 1: Estado

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

Se constituye como una República solidaria, su democracia es paritaria y reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza.

La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.

Artículo 3: Soberanía

La soberanía reside en el Pueblo de Chile, conformado por diversas naciones.

Se ejerce democráticamente, de manera directa y mediante representantes, de conformidad a lo dispuesto en esta Constitución y las leyes.

Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos humanos en cuanto atributo que deriva de la dignidad humana.

Artículo 1: Estado

Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural y ecológico. Se constituye como una República solidaria, su democracia es paritaria y reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza.

La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.

Artículo 3: Soberanía

La soberanía reside en el Pueblo de Chile, conformado por diversas naciones.

Se ejerce democráticamente, de manera directa y mediante representantes, de conformidad a lo dispuesto en esta Constitución y las leyes.

Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos humanos en cuanto atributo que deriva de la dignidad humana.

Artículo 1: Estado

Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural y ecológico. Se constituye como una República solidaria, su democracia es paritaria y reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza.

La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.

Artículo 1.- Estado.

Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural y ecológico. Se constituye como una República solidaria, su democracia es paritaria y reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza.

La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.

Artículo 3.- Soberanía.

La soberanía reside en el Pueblo de Chile, conformado por diversas naciones.

Se ejerce democráticamente, de manera directa y mediante representantes, de conformidad a lo dispuesto en esta Constitución y las leyes.

Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos humanos en cuanto atributo que deriva de la dignidad humana.

Artículo 9.- Naturaleza.

Las personas y los pueblos son interdependientes con la naturaleza y forman, con ella, un conjunto inseparable. La naturaleza tiene derechos. El Estado y la sociedad tienen el deber de protegerlos y respetarlos. El Estado debe adoptar una administración ecológicamente responsable y promover la educación ambiental y científica mediante procesos de formación y aprendizaje permanentes.

Artículo 1: Estado

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

Se constituye como una República solidaria, su democracia es paritaria y reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza.

La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.

Artículo 3: Soberanía

La soberanía reside en el Pueblo de Chile, conformado por diversas naciones.

Se ejerce democráticamente, de manera directa y mediante representantes, de conformidad a lo dispuesto en esta Constitución y las leyes.

Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos humanos en cuanto atributo que deriva de la dignidad humana.

Artículo 11: Interculturalidad

El Estado es intercultural. Reconocerá, valorará y promoverá el diálogo horizontal y transversal entre las diversas cosmovisiones de los pueblos y naciones que conviven en el país con dignidad y respeto recíproco. El Estado deberá garantizar los mecanismos institucionales que permitan ese diálogo superando las asimetrías existentes en el acceso, distribución y ejercicio del poder y en todos los ámbitos de la vida en sociedad.

Artículo 12: Plurilingüismo

Chile es un Estado plurilingüe, su idioma oficial es el castellano y los idiomas de los pueblos indígenas serán oficiales en sus territorios y en zonas de alta densidad poblacional de cada pueblo indígena. El Estado promueve el conocimiento, revitalización, valoración y respeto de las lenguas indígenas de todos los pueblos del Estado Plurinacional.

Artículo 17: Emblemas

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

Segundo informe

Artículo 8: Iniciativa popular de ley

Un grupo de ciudadanos habilitados para sufragar, equivalente al tres por ciento del último padrón electoral, podrá presentar una iniciativa popular de ley para su tramitación legislativa.

Se contará con un plazo de ciento ochenta días desde su registro ante el Servicio Electoral para que la propuesta sea conocida por la ciudadanía y pueda reunir los patrocinios exigidos.

En caso de reunir el apoyo requerido, el Servicio Electoral remitirá la propuesta al Congreso, para que ésta dé inicio al proceso de formación de ley.

Las iniciativas populares de ley ingresarán a la agenda legislativa con la urgencia determinada por la ley. El órgano legislativo deberá informar cada seis meses sobre el avance de la tramitación de estas iniciativas.

La iniciativa popular de ley no podrá referirse a tributos, alterar la administración presupuestaria del Estado ni limitar derechos fundamentales de personas o pueblos reconocidos en esta Constitución y las leyes.

Artículo 17:

Toda persona tiene derecho a la nacionalidad en la forma y condiciones que señala este artículo. La ley podrá crear procedimientos más favorables para la nacionalización de personas apátridas.

Toda persona podrá exigir que en cualquier documento oficial de identificación sea consignada, además de la nacionalidad chilena, su pertenencia a alguno de los pueblos originarios del país.

CAPÍTULO (COM 3) ESTADO REGIONAL

Artículo 1: Del Estado Regional

Chile es un Estado Regional, plurinacional e intercultural conformado por entidades territoriales autónomas, en un marco de equidad y solidaridad entre todas ellas, preservando la unidad e integridad del Estado.

El Estado promoverá la cooperación, la integración armónica y el desarrollo adecuado y justo entre las diversas entidades territoriales.

Artículo 2: De las Entidades Territoriales

El Estado se organiza territorialmente en regiones autónomas, comunas autónomas, autonomías territoriales indígenas y territorios especiales.

Las entidades territoriales autónomas tienen personalidad jurídica y patrimonio propio y las potestades y competencias necesarias para gobernarse en atención al interés general de la República, de acuerdo a la Constitución y la ley, teniendo como límites los derechos humanos y de la Naturaleza.

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, de acuerdo con la Constitución y la ley.

Artículo 5: De la Autonomía de las entidades territoriales

Las regiones autónomas, comunas autónomas y autonomías territoriales indígenas están dotadas de autonomía política, administrativa y financiera para la realización de sus fines e intereses en los términos establecidos por la presente Constitución y la ley.

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 7: De la Participación en las entidades territoriales en el Estado Regional

Las entidades territoriales garantizan el derecho de sus habitantes a participar, individual o colectivamente en las decisiones públicas, comprendiendo en ella la formulación, ejecución, evaluación, fiscalización y control democrático de la función pública, con arreglo a la Constitución y las leyes.

Los pueblos y naciones preexistentes al Estado deberán ser consultados y otorgar el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución.

Artículo 10: De la Plurinacionalidad e Interculturalidad en el Estado Regional

Las entidades territoriales y sus órganos reconocen, garantizan y promueven en todo su actuar el reconocimiento político y jurídico de los pueblos y naciones preexistentes al Estado que habitan sus territorios; su supervivencia, existencia y desarrollo armónico e integral; la distribución equitativa del poder y de los espacios de participación política; el uso, reconocimiento y promoción de las lenguas indígenas que se hablan en ellas, propiciando el entendimiento intercultural, el respeto de formas diversas de ver, organizar y concebir el mundo y de relacionarse con la naturaleza; la protección y el respeto de los derechos de autodeterminación y de autonomía de los territorios indígenas, en coordinación con el resto de las entidades territoriales.

Segundo informe

Artículo 8: Concejo Municipal

El Concejo Municipal es el órgano colegiado de representación popular y vecinal, dotado de funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras, en conformidad a la Constitución y la ley.

El Concejo Municipal estará integrado por el número de personas que determine la ley, en proporción a la población de la comuna, según los criterios de inclusión, paridad de género y escaños reservados para pueblos y naciones indígenas considerando su población dentro de la jurisdicción electoral respectiva.

La elección de concejales y concejalas será por sufragio universal, directo y secreto, en conformidad a la ley.

Los concejales o concejalas ejercerán sus funciones por el término de cuatro años, pudiendo ser reelegidos o reelegidas consecutivamente sólo una vez para el período siguiente. Para estos efectos se entenderá que los concejales y concejalas han ejercido su cargo durante un período cuando hayan cumplido más de la mitad de su mandato.

La ley y el estatuto comunal determinarán las normas sobre organización y funcionamiento del Concejo. Será necesario el acuerdo del Concejo para la aprobación del plan comunal de desarrollo, del presupuesto municipal y de los proyectos de inversión respectivos, y otros que determine la ley.

Artículo 19: De las Autonomías Territoriales Indígenas

Las Autonomías Territoriales Indígenas son entidades territoriales dotadas 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 que integran el Estado Regional de conformidad a la Constitución y la ley. Es deber del Estado reconocer, promover y garantizar las Autonomías Territoriales Indígenas, para el cumplimiento de sus propios fines.

Artículo 21: De la constitución de las Autonomías Territoriales Indígenas

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 22: De las competencias de las Autonomías Territoriales Indígenas

La ley deberá establecer las competencias exclusivas de las Autonomías Territoriales Indígenas y las compartidas con las demás entidades territoriales, de conformidad con lo que establece esta Constitución. 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.

Artículo 30: Rapa Nui

En el territorio especial de Rapa Nui, el Estado garantiza el derecho a la libre determinación y autonomía del pueblo nación polinésico Rapa Nui, asegurando los medios para financiar y promover su desarrollo, protección y bienestar en virtud del Acuerdo de Voluntades firmado en 1888, por el cual se incorpora a Chile. Se reconoce la titularidad colectiva de los derechos sobre el territorio al pueblo Rapa Nui con excepción de los derechos sobre tierras individuales de sus miembros. El territorio Rapa Nui se regulará por un estatuto de autonomía.

Tercer Informe

Artículo 41:

El Estado reconoce y apoya la agricultura campesina e indígena, la recolección y la pesca artesanal, entre otros, como actividades fundamentales de la producción de alimentos.

Artículo 41:

El Estado reconoce y apoya la agricultura campesina e indígena, la recolección y la pesca artesanal, entre otros, como actividades fundamentales de la producción de alimentos.

CAPÍTULO (COM 4)

Derechos Fundamentales

Artículo 6: Titularidad de los derechos

Las personas naturales son titulares de derechos fundamentales. Los derechos podrán ser ejercidos y exigidos individual o colectivamente.

Los Pueblos y Naciones Indígenas son titulares de derechos fundamentales colectivos.

La Naturaleza será titular de los derechos reconocidos en esta Constitución que le sean aplicables.

Artículo 21: Derecho a las tierras, territorios y recursos

El Estado reconoce y garantiza conforme a la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos.

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. La restitución constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública e interés general.

Conforme a 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 23: Derecho a la igualdad y no discriminación

La Constitución asegura el derecho a la igualdad. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. Queda prohibida toda forma de esclavitud.

Se asegura el derecho a la protección contra toda forma de discriminación, en especial cuando se funde en uno o más motivos tales como nacionalidad o apatridia, edad, sexo, orientación sexual o

afectiva, identidad y expresión de género, diversidad corporal, religión o creencia, etnia, pertenencia a un pueblo y nación indígena o tribal, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, clase social, ruralidad, situación migratoria o de refugio, discapacidad, condición de salud mental o física, estado civil, filiación o cualquier otra condición social.

La ley determinará las medidas de prevención, prohibición, sanción y reparación de todas las formas de discriminación, en los ámbitos público y privado, así como los mecanismos para garantizar la igualdad material y sustantiva entre todas las personas.

Los órganos del Estado deberán tener especialmente en consideración los casos en que confluayan, respecto de una persona, más de una categoría, condición o criterio de los señalados en el inciso segundo.

Artículo 25: Derecho a la consulta de los pueblos y naciones indígenas

Los pueblos y naciones indígenas tienen el 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 éstos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe.

Segundo informe

Artículo 14: Derecho a la salud

Toda persona tiene derecho a la salud y bienestar integral, incluyendo su dimensión física y mental. El Estado deberá 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.

El Sistema Nacional de Salud será de carácter universal, público e integrado. Se regirá por los principios de equidad, solidaridad, interculturalidad, pertinencia territorial, desconcentración, eficacia, calidad, oportunidad, enfoque de género, progresividad y no discriminación.

El Sistema Nacional de Salud incorporará acciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, habilitación, rehabilitación e inclusión. La atención primaria constituirá la base de este sistema y se promoverá la participación de las comunidades en las políticas de salud y las condiciones para su ejercicio efectivo.

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 al Sistema Nacional de Salud.

Es deber del Estado velar por el fortalecimiento y desarrollo de las instituciones públicas de salud. El Estado generará políticas y programas de salud mental destinados a la atención y prevención con enfoque comunitario y aumentará progresivamente su financiamiento.

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. El Sistema Nacional de Salud reconoce, protege e integra estas prácticas y conocimientos como también a quienes las imparten, en conformidad a esta Constitución y la ley.

Corresponderá exclusivamente al Estado la función de rectoría del sistema de salud, incluyendo la regulación, supervisión y fiscalización de las instituciones públicas y privadas.

El Sistema Nacional de Salud será financiado a través de las rentas generales de la nación. Adicionalmente, la ley podrá establecer el cobro obligatorio de cotizaciones 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.

Artículo 20 quinquies:

La Constitución reconoce la autonomía de los pueblos originarios para desarrollar sus propios establecimientos e instituciones de conformidad a 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.

Artículo 24:

Toda persona y pueblo tiene el derecho a comunicarse en su propia lengua en todo espacio. Todos los habitantes del territorio nacional tienen derecho a usar las lenguas. Ninguna persona o grupo podrá ser discriminado por razones lingüísticas.

Medio Ambiente

Segundo informe

Artículo 4:

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

Artículo 18:

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

Sistemas de Justicia

Artículo 2: Pluralismo jurídico

El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los Pueblos 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 establece esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte. La ley determinará los mecanismos de coordinación, cooperación y de resolución de conflictos de competencia entre los sistemas jurídicos indígenas y las entidades estatales.

Artículo 9: Acceso a la justicia intercultural

Es deber del Estado garantizar que los órganos que intervienen en el proceso respeten y promuevan el derecho a acceder a una justicia con perspectiva intercultural.

Las personas tienen derecho a una asistencia jurídica especializada, intérpretes, facilitadores interculturales y peritajes consultivos, cuando así lo requieran y no puedan proveérselas por sí mismas.

Artículo 15: Plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad

La función jurisdiccional se define en su estructura, integración y procedimientos conforme a los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad.

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, tradiciones, 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 26: Impugnaciones contra las decisiones de la jurisdicción indígena

La Corte Suprema conocerá y resolverá de las impugnaciones deducidas en contra de las decisiones de la jurisdicción indígena, 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 29: Composición del Consejo de la Justicia

El Consejo de la Justicia se compone por diecisiete integrantes, conforme a la siguiente integración:

- a) Ocho integrantes serán juezas o jueces titulares elegidos por sus pares.
- b) Dos integrantes serán funcionarios o profesionales del Sistema Nacional de Justicia elegidos por sus pares.
- c) Dos integrantes elegidos por los pueblos indígenas en la forma que determinen la Constitución y la ley.
- d) Cinco integrantes elegidos por el Congreso, previa determinación de las ternas correspondientes por concurso público, a cargo del Consejo de Alta Dirección Pública.

Las y los integrantes señalados en la letra c) deberán ser personas de comprobada idoneidad para el ejercicio del cargo y que se hayan destacado en la función pública o social.

En el caso de la letra d) deberán ser profesionales con a lo menos diez años del título correspondiente, que se hubieren destacado en la actividad profesional, académica o en la función pública.

Las y los integrantes durarán seis años en sus cargos y no podrán ser reelegidos, debiendo renovarse por parcialidades cada tres años de conformidad a lo establecido por la ley.

Sus integrantes serán elegidos de acuerdo a criterios de paridad de género, plurinacionalidad y equidad territorial.

Capítulo. - Reforma y Reemplazo de la Constitución. Título I. Reforma constitucional

Tercer informe

Artículo 82: De la Asamblea Constituyente

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 originarios.

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.

Una vez redactada y entregada la propuesta de nueva constitución a la autoridad competente, la Asamblea Constituyente se disolverá de pleno derecho.

Sistemas de Conocimientos

Artículo 9: Derechos culturales

La Constitución asegura a todas las personas y comunidades:

- 1°. El derecho a participar libremente en la vida cultural y artística y a gozar de sus diversas expresiones, bienes, servicios e institucionalidad.
- 2°. El derecho a la identidad cultural, a conocer y educarse en las diversas culturas, así como a expresarse en el idioma o lengua propios.
- 3°. La libertad de crear y difundir las culturas y las artes, así como el derecho a disfrutar de sus beneficios. Se prohíbe toda forma de censura previa.
- 4°. El derecho al uso de espacios públicos para desarrollar expresiones y manifestaciones culturales y artísticas, sin más limitaciones que las establecidas en esta Constitución y las leyes.
- 5°. La igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria de las diversas cosmovisiones que componen la interculturalidad del país, promoviendo su interrelación armónica y el respeto de todas las expresiones simbólicas, culturales y patrimoniales, sean estas tangibles o intangibles.

Estos derechos deben ejercerse con pleno respeto a la diversidad cultural, los derechos humanos y de la naturaleza.

Artículo 13

Los pueblos y naciones preexistentes tienen derecho a obtener la repatriación de objetos de cultura y de restos humanos pertenecientes a los pueblos. El Estado adoptará mecanismos eficaces en materia de restitución y repatriación de objetos de culto y restos humanos que fueron confiscados sin consentimiento de los pueblos y garantizará el acceso de los pueblos a su propio patrimonio, incluyendo objetos, restos humanos y sitios culturalmente significativos para su desarrollo.

Segundo informe

Artículo 1: Derecho a participar y beneficiarse de los conocimientos

Toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho a participar libremente de la creación, desarrollo, conservación e innovación de los diversos sistemas de conocimientos y a la transferencia de sus aplicaciones, así como a gozar de sus beneficios.

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.

Asimismo, la Constitución garantiza la libertad de investigación.

Artículo 8: Rol del Estado en el patrimonio cultural indígena

El Estado, en conjunto con los pueblos y naciones indígenas preexistentes, adoptará medidas positivas para la recuperación, revitalización y fortalecimiento del patrimonio cultural indígena.

Artículo X: De la asimilación forzada

Se prohíbe la asimilación forzada o destrucción de las culturas de los pueblos y naciones indígenas.

Tercer informe

Artículo 15: Patrimonio Lingüístico

El Estado reconoce el carácter patrimonial constituido por las diferentes lenguas indígenas del territorio nacional, las que serán objeto de revitalización y protección, especialmente aquellas que tienen el carácter de vulnerables.

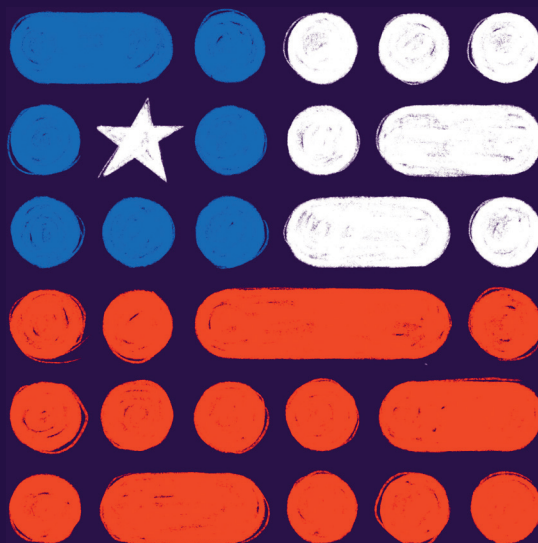
Catálogo de Derechos de Pueblos Indígenas

Artículo 4: Identidad e integridad cultural

Los pueblos y naciones indígenas y sus miembros tienen derecho a la identidad e integridad cultural, y a que se reconozcan y respeten sus cosmovisiones, formas de vida e instituciones propias.

¿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