

**Reforma Constitucional y Pueblos
Indígenas en Chile: Apuntes para el
debate**

Claudio Nash

Constanza Núñez

Santiago, mayo de 2015

CONTENIDO

Resumen Ejecutivo	3
1. Introducción	6
2. Derechos de los pueblos indígenas en las Constituciones de América Latina: temáticas y planteamientos comunes	8
2.1 Los alcances del reconocimiento: conceptos y principios.....	9
2.1.1 Conceptos	9
2.1.2 Los alcances de la autodeterminación en las Constituciones latinoamericanas	12
2.1.3 Principios	14
2.2 Derechos de los pueblos indígenas.....	17
2.2.1 Participación política	17
2.2.3 Derecho consuetudinario indígena	20
2.2.3 Propiedad indígena y recursos naturales.....	22
2.2.4 Educación	24
2.3 Conclusiones sobre temáticas y aspectos comunes al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina.....	26
3. Discusión en Chile: Proyectos de reforma constitucional en Chile sobre reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos	27
3.1 Los alcances del reconocimiento	27
3.2 Reconocimiento de derechos específicos	35
3.3 Conclusiones acerca de las propuestas de reforma constitucional en materia indígena	42
4. Propuestas y elementos para una nueva Constitución	43
4.1 Reconocimiento y configuración estatal	43
4.2 Derecho general de igualdad y no discriminación	45
4.3 Derechos con reconocimiento explícito	47
5. Conclusiones generales	50
6. Anexos	52
7. Bibliografía	61

Resumen Ejecutivo

Desde la década de los '90 una de las demandas históricas de los pueblos indígenas en Chile ha sido el reconocimiento constitucional de sus derechos. Desafortunadamente, desde el retorno a la democracia, no ha habido una respuesta adecuada a este legítimo reclamo. Actualmente, ya iniciado el siglo XXI, Chile se sitúa como el único país de la región latinoamericana -junto con Uruguay-, que no consagra ninguna cláusula constitucional referida a los pueblos indígenas. El actual gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet ha planteado dentro de sus prioridades dos temas que nos parecen centrales para el futuro del Estado de Derecho: la situación de los pueblos indígenas y la reforma constitucional. Por primera vez, desde el retorno a la democracia, se ha puesto en la discusión pública el tema de la necesidad de contar con una nueva Constitución.

En esta coyuntura, donde los derechos de los pueblos indígenas y su futuro reconocimiento en una nueva Constitución se encuentran en una posibilidad histórica de concreción, queremos aportar algunas ideas para el incipiente debate constitucional.

En primer lugar, nos parece relevante conocer el estado de la discusión en Latinoamérica. Sin duda surge con claridad que se han producido distintos momentos constitucionales en materia de derechos de los pueblos indígenas. En un primer momento, un tratamiento genérico, donde el solo reconocimiento y valoración de las particularidades culturales de estos pueblos constituía un avance frente a las políticas asimilacionistas que habían primado en la historia de la región. Luego, un segundo momento donde hay un mayor desarrollo sobre algunos reconocimientos explícitos a nivel constitucional sobre aspectos relevantes para la plena garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas en condiciones de igualdad. Finalmente, una última etapa basada en amplios estatutos particulares sobre pueblos indígenas donde se detallan una serie de elementos desde el texto constitucional.

Por otra parte, también es relevante analizar la experiencia nacional. Hasta la fecha, las propuestas que se han presentado en materia indígena se han centrado en un debate necesario,

pero no suficiente, cual es, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. No ha existido un debate amplio sobre la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución. En efecto, los diferentes proyectos ingresados al Parlamento desde el retorno a la democracia, han buscado el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas desde una perspectiva formal. Es decir, reconocer la existencia de diversas etnias indígenas, pero sin que esto tenga mayores consecuencias desde la perspectiva jurídica. Solo el último ingreso de un proyecto en 2012 incorpora conceptos que se han desarrollado en el constitucionalismo comparado, tales como autonomía, derechos colectivos y multiculturalismo. La iniciativa presentada evidencia un cambio de paradigma y de escenario social y político, donde la exclusión y discriminación que viven las comunidades indígenas en nuestro país requiere de una respuesta más compleja que el reconocimiento formal.

En el ámbito en que existe mayor coincidencia y apertura en el debate constitucional, es en la posibilidad de otorgar una mayor participación política a través del establecimiento de cupos de representación política y en materia de protección de tierras ancestrales y recursos naturales. Estos aspectos, sin duda, que son fundamentales para un futuro debate constitucional y nos otorgan herramientas para trabajar en propuestas constitucionales inclusivas del debate histórico, pero que se adapten a una realidad que, como decíamos, requiere de soluciones estructurales en el sistema jurídico.

A la luz de la experiencia comparada y la realidad de los pueblos indígenas en Chile, nos parece que la discusión en torno a un nuevo tratamiento del tema indígena en la Constitución chilena debiera considerar los siguientes elementos: a) reconocimiento, b) una cláusula general que consagre el derecho general de igualdad y no discriminación basado en razones de la etnia; y, c) algunos derechos con reconocimiento explícito a través de la consagración de principios.

En cuanto a la forma de consagrar el reconocimiento debiera contemplar como mínimo los siguientes elementos:

“Chile es un Estado social y democrático, unitario, intercultural y plurinacional”.

En relación con la cláusula de igualdad y no discriminación, se propone:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de [...] **étnica** [...]

“El Estado adoptará las medidas necesarias para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará **medidas de acción afirmativa** en favor de grupos discriminados o marginados”.

Finalmente, en cuanto al reconocimiento explícito de algunos principios rectores, expresados como derechos fundamentales, se propone:

“El Estado reconoce y garantiza el ejercicio de los **derechos colectivos** de los Pueblos Indígenas, su **representación política y su participación** efectiva en las decisiones que los distintos órganos de la Administración adopten referidos a sus **derechos colectivos**. Asimismo, garantizará su derecho a la **autonomía, tierras y territorios, pluralismo jurídico y educación intercultural**”.

* *

*

Nos parece que estos son mínimos que deben estar presentes en una futura Constitución y que satisfacen el objetivo de reconocer y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas. Estos elementos tienen el objetivo de ser un acompañamiento en el debate político y constitucional sobre la situación de los pueblos indígenas, cualquiera sea el mecanismo que se implemente.

1. Introducción

Desde la década de los '90 una de las demandas históricas de los pueblos indígenas en Chile ha sido el reconocimiento constitucional de sus derechos. Desafortunadamente, desde el retorno a la democracia, no ha habido una respuesta adecuada a este legítimo reclamo. Actualmente, ya iniciado el siglo XXI, Chile se sitúa como el único país de la región latinoamericana -junto con Uruguay-, que no consagra ninguna cláusula constitucional referida a los pueblos indígenas. El actual gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet ha planteado dentro de sus prioridades dos temas que nos parecen centrales para el futuro del Estado de Derecho: la situación de los pueblos indígenas y la reforma constitucional. Por primera vez, desde el retorno a la democracia, se ha puesto en la discusión pública el tema de la necesidad de contar con una nueva Constitución.

El tema indígena, es planteado en el programa de Gobierno de Michelle Bachelet como una cuestión de reconocimiento constitucional de derechos colectivos. En concreto, el programa señala:

“Chile, en cuanto nación, es indivisible y pluricultural. Chile incluye a los pueblos indígenas, quienes gozan de identidad y cultura propia. Los derechos colectivos se relacionan con el medio en que viven estos pueblos y en el uso de sus recursos, y el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, lengua, instituciones y tradiciones sociales y culturales. El Estado debe fomentar la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones”¹.

¹ Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018, p. 32. Disponible [en línea] <<http://michellebachelet.cl/programa/>> [consulta: 17 de abril de 2015].

En esta coyuntura, donde los derechos de los pueblos indígenas y su futuro reconocimiento en una nueva Constitución se encuentran en una posibilidad histórica de concreción, queremos aportar algunas ideas para el incipiente debate constitucional.

En primer lugar, es relevante conocer el estado de la discusión en Latinoamérica. La mayoría de las cartas fundamentales de la región se refieren a la materia, aunque con diversos alcances y enfoques. Revisaremos los principales temas en el derecho comparado, con el fin de contar con una visión amplia de cuáles son las opciones constitucionales, sus ventajas y desafíos. Este panorama nos permitirá identificar ciertos mínimos que debe contener la carta fundamental a la luz de las particularidades de los pueblos indígenas en Chile.

Por otra parte, también es relevante analizar la experiencia nacional. Hasta la fecha, las propuestas que se han presentado en materia indígena se han centrado en un debate necesario, pero no suficiente, cual es, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. No ha existido un debate amplio sobre la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución. Por ello, daremos cuenta de los principales debates que se han dado en el Parlamento sobre la materia, con el objetivo de visibilizar las diferentes posturas que se enfrentarán en un futuro debate constitucional.

A la luz de la experiencia comparada y la realidad de los pueblos indígenas en Chile, se realizarán propuestas concretas para guiar el debate constitucional. Se identificarán y justificarán ciertos mínimos que deben estar presentes en una futura Constitución y que satisfagan el objetivo de reconocer y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas. Estos elementos tienen el objetivo de ser un acompañamiento en el debate político y constitucional sobre la situación de los pueblos indígenas, cualquiera sea el mecanismo que se implemente.

Este documento ha sido elaborado con el apoyo del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer. Agradecemos a Oscar Villaseca por su trabajo de investigación y a Minda Bustamante por su trabajo en la organización del taller con dirigentes indígenas donde se discutió esta propuesta.

2. Derechos de los pueblos indígenas en las Constituciones de América Latina: temáticas y planteamientos comunes

En América Latina, luego de diversos procesos de reforma constitucional que se inician en la década de los 90', los Estados han comenzado a incorporar progresivamente y a través de diversas fórmulas, los derechos de los pueblos indígenas en sus constituciones. El debate ha surgido a partir de las demandas de los pueblos indígenas y ha estado marcado fuertemente por la discusión respecto al reconocimiento del derecho a la autodeterminación y otros derechos colectivos.

En la materia existen diversos estudios que recogen la experiencia comparada de reconocimiento constitucional de derechos de los pueblos indígenas y que resaltan los elementos comunes, avances y desafíos en la materia². A continuación, a partir de esta experiencia, reseñaremos los aspectos más relevantes de la experiencia de América Latina en el reconocimiento constitucional de derechos de los pueblos indígenas, con el objeto de contar con un marco de análisis de las materias y desafíos que Chile deberá enfrentar en el debate sobre una nueva Constitución.

² Véase, por ejemplo: AGUILAR, G., LAFOSSE, S. y ROJAS, H. *et.al.* "The constitutional recognition of indigenous peoples in Latin America". *Pace International Law Review Online*, Vol. 2, N°2, 2010, pp. 44-96; VAN COOT, L. "Latin America: Constitutional Reform and Ethnic Rights. Special Issue: Democracy and Cultural Diversity". *Parliamentary Affairs: A Journal of Comparative Government*, Vol. 53, N°1, pp. 41- 54; RAVEST, M. "El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en los textos constitucionales. Breve análisis del derecho comparado". *Revista Derecho y Humanidades*, N°17, 2011, pp. 91-118 y; FERNÁNDEZ, J. "Aspectos constitucionales del multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas". *Revista Pensamiento Constitucional*, Vol. 16, N° 16, 2012, pp. 117-140.

2.1 Los alcances del reconocimiento: conceptos y principios

En las Constituciones Políticas de América Latina analizadas en este estudio³ los alcances del reconocimiento constitucional son diversos. Con alcances nos referiremos a las consecuencias jurídicas del tratamiento de la materia indígena en la Constitución. Mientras que en algunas Constituciones el reconocimiento tiene solo por objeto dar cuenta de la existencia de población indígena en el territorio del Estado, en otras las cláusulas constitucionales apuntan al reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas en el Estado. En este sentido, con el objeto de determinar los alcances del reconocimiento en las diversas constituciones de la región, resulta interesante analizar los conceptos que las inspiran.

Conceptualmente nos encontramos ante diversas fórmulas: reconocimiento de la existencia de pueblos (Ecuador y Bolivia, por ejemplo), comunidades (Perú) e indios (Brasil). Desde la perspectiva de las consecuencias jurídicas del reconocimiento a la calidad de pueblos se utilizan las nociones de autonomía, autodeterminación y autogobierno (Ecuador y Bolivia). En términos de principios, se hace referencia a la interculturalidad (Ecuador y Bolivia) y a la diversidad étnica (Paraguay, Colombia, Argentina).

2.1.1 Conceptos

En Derecho Internacional, la utilización del concepto “pueblos” tiene consecuencias jurídicas relevantes, ya que trae aparejado el derecho a la autodeterminación de los mismos. En este sentido, gran parte de la discusión jurídica en torno a los derechos de los pueblos indígenas en la última década se ha enfocado al reconocimiento de sus derechos en tanto “pueblos” y a definir los alcances que trae consigo dicho reconocimiento. Estas discusiones también se trasladaron a los debates constitucionales, por lo que en las diferentes constituciones de la región se manifiestan diversas tendencias o alcances del concepto “pueblos”.

El artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) indica que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen

³ Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela. Uruguay y Chile quedaron fuera del estudio por no contar con disposiciones constitucionales referidas a los derechos de los pueblos indígenas.

libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. En el mismo sentido, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas⁴, en el artículo 3 reconoce que “[L]os pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. El artículo 4 a su vez, establece una manifestación de este derecho, cuando precisa que “[L]os pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”. Finalmente, tenemos el artículo 5 que precisa que “[L]os pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.

Todos estos conceptos aluden al derecho colectivo de que son titulares los pueblos indígenas a la autodeterminación. Este derecho, con diversas denominaciones (libre determinación, autodeterminación, autogobierno, autonomía -si bien cada uno con matices propios-) condensa el contenido de reivindicaciones que en las últimas décadas vienen formulando, de manera específica los pueblos indígenas en múltiples foros⁵, y comporta la posibilidad de los pueblos de determinar su organización política, sus instituciones jurídicas, sus relaciones con otras organizaciones sociales y políticas y sus condiciones de desarrollo⁶.

Una de las dificultades que ha enfrentado la inserción de este concepto en los textos constitucionales de la región es el entendimiento de que su incorporación importa la creación de un nuevo Estado dentro de un Estado o que se separa de este. DíEZ POLANCO aclara que esto es erróneo y que el derecho a la autodeterminación importa un ámbito territorial en que los pueblos indígenas pueden dirigir por sí mismos su vida interna, a través de sus instituciones y costumbres propias. Es el reconocimiento de una nueva comunidad política en el seno de la comunidad

⁴ Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Asamblea General de Naciones Unidas, 107a. sesión plenaria, 13 de septiembre de 2007.

⁵ APARICIO, M. “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”. En: BERRAONDO, M. (Coord.) *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao, Instituto de Derechos Humanos Universidad de Deusto, 2008, p. 399.

⁶ *Ibidem*, p. 409.

nacional, con un gobierno propio autogenerado, con competencia y facultades legislativas y administrativas al interior del territorio autónomo⁷. JAMES ANAYA, ex relator sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, analiza el derecho a la autodeterminación desde una perspectiva de derechos humanos y en ese sentido, indica que este concepto apunta a ideas de igualdad y libertad y que permiten a las personas elegir las configuraciones políticas, sociales y económicas en que viven⁸. Por ello, señala que considerando que este derecho es funcional a la realización de los derechos humanos y solo en algunos casos excepcionales en el mundo poscolonial, la libre determinación -entendida desde una perspectiva de derechos humanos- “exigirá la secesión o el desmembramiento de los Estados”⁹.

En este sentido también es clara la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁰ (2007) que indica que “[n]ada de lo señalado en la presente Declaración [...] se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes” (artículo 46.1).

Pese a las tensiones que generaba la incorporación de estos conceptos en las Constituciones de América Latina, en la denominada “oleada del constitucionalismo plurinacional” de los años 2006 a 2009¹¹ se incluyeron conceptos como los de autodeterminación o autonomía, como veremos más adelante. Sin embargo, los alcances de la inclusión de estos conceptos en las distintas constituciones de la región y, en general, del reconocimiento constitucional, son diversos. Como indica MEZA, los derechos colectivos específicos que derivan de este reconocimiento, la

⁷ DIEZ-POLANCO, H. *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios*, 4ª edición. México, Siglo XXI editores, 2004, p. 151.

⁸ ANAYA, J. “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”. En: STAVENHAGEN, R. y CHARTERS, C. (Eds.). *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. Copenhague, IWGIA, 2010, p.198.

⁹ *Ídem*.

¹⁰ Xxx CITARLA

¹¹ YRIGOYEN, R. “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*. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2011.

distribución de competencias en relación a las del Estado y las demás cuestiones dependerán de las circunstancias específicas en que se establece el estatuto autonómico¹².

2.1.2 Los alcances de la autodeterminación en las Constituciones latinoamericanas

Las Constituciones de América Latina se refieren –en su mayoría- al concepto de “pueblos indígenas”, con las excepciones de Brasil (que utiliza el término “indios”) y Perú que los denomina “comunidades nativas”.

Desde la perspectiva del reconocimiento del derecho a la autodeterminación, autonomía o autogobierno, las constituciones de Bolivia, Ecuador, Colombia, Venezuela y Perú, con diversas denominaciones y alcances, tratan la materia.

La Constitución de **BOLIVIA** en su artículo 2 indica: “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la *autonomía*, al *autogobierno*, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”. El artículo 289 define que se entiende por autonomía indígena: “La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias”.

La Constitución Política de Bolivia contiene un capítulo específico referido a la autonomía indígena originaria y campesina y que trata temas tales como el ejercicio del autogobierno, cómo se conforma la autonomía indígena campesina, y mecanismos para la toma de decisiones. El concepto de autonomía en la Constitución de Bolivia está íntimamente ligado con el de autogobierno y el territorio. Conforme al artículo 290 de la Constitución “la configuración de la autonomía indígena originario campesina se basa en los territorios ancestrales, actualmente

¹² MEZA-LOPEHANDÍA, M. *Reconocimiento constitucional y derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas, con especial referencia al derecho a la consulta*. Documento de Trabajo N°9, Observatorio Parlamentario, 2010.

habitados por esos pueblos y naciones, y en la voluntad de su población expresada en consulta, de acuerdo a la Constitución y la ley”. En ese sentido, las autonomías pueden conformarse en relación al territorio, y en relación a la voluntad de sus miembros de conformar un ente autonómico.

En la clasificación de GONZÁLEZ, este modelo correspondería al establecimiento de un “régimen autonómico”, donde el Estado incluye dentro de su organización estatal a las entidades autonómicas, proveyendo un marco normativo general protegido constitucionalmente. Es decir, se reconoce un régimen político formal de autogobierno territorial en el cual el Estado reconoce derechos a los pueblos indígenas de manera que estos puedan ejercer el derecho a la autodeterminación¹³.

En el caso de **COLOMBIA**, se reconoce la existencia de “autonomías territoriales”. El artículo 287 de la Constitución señala: “Las entidades territoriales [dentro de las cuales se encuentran los territorios indígenas] gozan de *autonomía* para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley”. Como autonomías territoriales se les reconoce, entre otros, el derecho a gobernarse por sus autoridades, administrar recursos y participar en las rentas nacionales (artículo 287). Las autonomías territoriales son reconocimientos legales por parte del Estado a diversas entidades indígenas territoriales sin integrarlas bajo un régimen autonómico o distinguirlas como un nuevo régimen de gobierno de las estructuras estatales¹⁴. En el caso de Colombia, el reconocimiento no se produce a nivel legal, sino que Constitucional.

VENEZUELA, por su parte, si bien no reconoce expresamente el derecho a la autodeterminación, en el artículo 119 de la Constitución se indica que: “El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, y costumbres, idiomas, religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan [...]”. En este sentido hay un reconocimiento a la organización social, política y económica indígena. Sin embargo el artículo 126 señala que “el término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional”.

¹³ GONZÁLEZ, M. “Autonomías territoriales indígenas y regímenes autonómicos (desde el Estado) en América Latina”. En: GONZÁLEZ, M., BURGUETE, A. y ORTIZ, P. *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado Plurinacional en América Latina*. Quito, FLACSO, GTZ, IWGIA, CIESAS, UNICH, 2010, p. 38.

¹⁴ *Ídem*.

ECUADOR tampoco reconoce el derecho a la autodeterminación, pero sí se refiere al reconocimiento de las formas de organización indígenas, reconociendo la posibilidad de constituir circunscripciones indígenas autónomas: “Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación. Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma de organización ancestral” (artículo 60); “En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por los principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos [...]” (artículo 257).

Finalmente, en el caso de **PERÚ**, se señala que las comunidades campesinas y las nativas son “*autónomas* en su organización, en el trabajo comuna y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece [...]”. No se reconoce el derecho a la autonomía en su calidad de pueblos, sino que el reconocimiento se relaciona con su organización económica y administrativa, sin perjuicio de que como veremos más adelante esta organización también tiene facultades relacionadas con la administración de justicia.

Tanto en el caso de Perú como de Ecuador, existe el reconocimiento de un cierto grado de autonomía a favor de los pueblos indígenas, aunque de manera menos explícita y extensa que en los casos anteriores¹⁵.

2.1.3 Principios

En materia de principios, las Constituciones de la región establecen diversos conceptos que inspiran la regulación constitucional y que permiten interpretar las Constituciones a la luz de los pilares centrales de su normativa en materia indígena. Son dos los principios que están en la base de las Constituciones latinoamericanas en la materia: el pluralismo y la interculturalidad.

BOLIVIA se define como un Estado “Unitario Social de Derecho, *Plurinacional*, Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, *intercultural*, descentralizado y con autonomías. Bolivia se

¹⁵ AGUILAR, G., LAFOSSE, S. y ROJAS, H. et.al., *op.cit.*, p. 5.

funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico dentro del proceso integrador del país” (artículo 1).

COLOMBIA, por su parte, si bien no se define como un Estado intercultural, indica en su artículo 7 que “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.

ECUADOR, de manera similar a Bolivia, señala que “es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, *intercultural, plurinacional* y laico [...]” (artículo 1).

PERÚ, por su parte, reconoce a las personas su derecho a “la identidad étnica y cultural [y] reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación” (artículo 2 N°19 de la Constitución).

La Constitución de **VENEZUELA** reconoce y respeta “la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas” (artículo 100).

Finalmente, en **ARGENTINA** hay un reconocimiento tácito de la diversidad cultural en cuanto principio institucional orientador -aunque con una relevancia jurídica menor que en los países recién mencionados¹⁶- (artículos 75 N° 17 y 19).

En este sentido, nos encontramos con Constituciones que optan por definir al Estado como plurinacional e intercultural y aquellas que consagran el respeto a la identidad y diversidad étnica.

La definición de un Estado como plurinacional es la última de las etapas por las que ha transitado el constitucionalismo latinoamericano. YRIGOYEN identifica tres etapas en esta materia: constitucionalismo multicultural (1982-1988), constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y, finalmente la actual etapa de constitucionalismo plurinacional (2006-2009)¹⁷. La primera etapa alude al reconocimiento de la existencia de diversidad étnica, pero sin que ello traiga consigo

¹⁶ *Ídem.*

¹⁷ YRIGOYEN, R. *op.cit.*

estatutos jurídicos diferenciados (en este caso se encontrarían Argentina y Venezuela). La segunda etapa reconoce la pluralidad étnica y jurídica, dando reconocimiento a la jurisdicción y autoridad indígena (Colombia y Perú¹⁸). Finalmente, a la etapa de constitucionalismo plurinacional han llegado Ecuador y Bolivia y que implica el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como naciones antes que como culturas. En efecto, el constitucionalismo plurinacional, plantea el reconocimiento de las diferencias al ámbito de los derechos, tanto en la esfera de su enunciación (dogmática constitucional), y en las garantías de ejecución y procedimientos de implementación (parte orgánica constitucional, leyes, normas y reglamentos de aplicación)¹⁹.

Además de la definición del carácter del Estado en relación a la nación, las Constituciones también se refieren al concepto de interculturalidad. La interculturalidad entendida como una propuesta, es una visión ético-política de mejoramiento o transformación de las relaciones asimétricas que se establecen entre las culturas, para generar espacios de diálogo y deliberación entre culturas que hagan posible avanzar en la solución concertada de problemas comunes²⁰. En este sentido, la idea de reconocer la interculturalidad a nivel constitucional implica una apuesta por la generación de un diálogo entre culturas diversas y constituye el principio rector en materia de interpretación de la regulación indígena. En efecto, la definición de un Estado como intercultural es un paso más allá del multiculturalismo, ya que este último es un reconocimiento formal de la existencia de diversas culturas, mientras que la interculturalidad apunta a la existencia de una comunicación y deliberación permanente para acercarse al entendimiento del otro²¹.

¹⁸ “Las dos últimas no configuran modelos de Estado plurinacional pero tienen un avance significativo en cuanto al reconocimiento de la justicia indígena como jurisdicción especializada con manejo y estructura independiente a la de la judicatura ordinaria y a la definición del Estado o la nación como pluricultural”. Véase: CÓNDOR, E. (Coord.) *Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*. La Paz: Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Comisión Andina de Juristas, 2010.

¹⁹ CHUJI, M. *Diez conceptos básicos sobre plurinacionalidad e interculturalidad*. Disponible [en línea] <<http://alainet.org/active/23366>> [consulta: 29 de marzo de 2015].

²⁰ TUBINO, F. “Del interculturalismo funcional al interculturalismo crítico”. En: SAMANIEGO, M. y GARBARINI, C. (Comps.). *Rostros y fronteras de la identidad*. Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2004, pp. 151-164.

²¹ GRIJALVA, A. “Estado Plurinacional e intercultural en la Constitución Política Ecuatoriana de 2008”. *Revista Ecuador Debate*, N°75, 2008.

2.2 Derechos de los pueblos indígenas

Las Constituciones de la región, junto con reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas y establecer los principios inspiradores de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado, también abordan una serie de materias que implican reconocer derechos específicos a los pueblos indígenas, cuyo ejercicio tiene características particulares y suponen tomar en consideración sus particularidades culturales para el goce y ejercicio de los derechos humanos. Entre ellos se encuentra el establecimiento de cuotas de representación política, el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena y de formas de justicia tradicional, la protección de la propiedad indígena o la implementación de la educación intercultural.

A continuación veremos de manera general cómo se han consagrado estos aspectos en las diferentes Constituciones de la región, con el objeto de indicar ciertos mínimos que debe contener toda reforma constitucional en la materia.

2.2.1 Participación política

Un aspecto esencial en el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas en las Constituciones de la región, son las disposiciones referidas a la participación política. En general, se ha entendido por el constitucionalismo latinoamericano que la participación política va más allá del derecho a elegir y ser elegido, sino también debe considerar las particularidades culturales de los pueblos indígenas y consagrar derechos específicos, como el derecho a consulta. Éste último, consagrado en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT implica el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

En este sentido, las constituciones de la región regulan diversos aspectos de la participación de los pueblos indígenas, consagrando el derecho a la participación en general (caso de Paraguay), estableciendo la democracia comunitaria (Bolivia), relevando el rol de los representantes propios en instituciones políticas electos de acuerdo a las formas de participación de cada comunidad (Bolivia y Ecuador), estableciendo cuotas parlamentarias (Colombia, Venezuela y Perú) y consagrando el derecho a la consulta (Bolivia).

En el caso de **Paraguay**, la disposición constitucional consagra el derecho a la participación de los pueblos indígenas de manera genérica: “Se garantizará a los pueblos indígenas, el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales” (artículo 65).

Por su parte, las Constituciones de **Bolivia** y **Ecuador** se refieren más específicamente a la participación de autoridades indígenas en instituciones políticas. En el caso de Ecuador, se consagra una participación amplia de las autoridades indígenas “participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado” (artículo 57 N°16). En el caso de Bolivia, se reconoce a los pueblos indígenas “participación en los órganos e instituciones del Estado” (artículo 30 N°18).

Sin embargo, en el caso de Bolivia la Constitución Política reconoce que la democracia se ejerce de distintas formas. Una de ellas es la comunitaria, donde se indica que ella se ejerce “por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a la ley” (artículo 11. II. 3). Se confiere de esta forma reconocimiento a las formas de representación que los pueblos indígenas han desarrollado en el tiempo y se restringe la intervención estatal en el control de dichos mecanismos de representación²².

El establecimiento de cuotas de representación es otro de los mecanismos por los cuales las Constituciones de la región han optado para viabilizar el derecho a la participación política. Estas normas buscan desplazar la marginación que viven los pueblos indígenas en el proceso político, eliminando barreras estructurales que obstaculizan su acceso a instancias de deliberación. El caso de **Colombia** es el más representativo de este proceso, donde desde 1991 se establecen dos escaños parlamentarios a miembros de pueblos indígenas y se establece una circunscripción especial indígena (artículos 171 y 176). Como precondition, el representante debe haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena. En el caso de **Perú**, los cupos de representación se reservan para la participación en los Consejos Regionales y Concejos Municipales: “La ley establece porcentajes

²² Véase artículo 93 inc.2 de la Ley de Régimen Electoral.

mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y *pueblos originarios* en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica a los “Concejos Municipales” (artículo 191). Finalmente, en **Venezuela** la representación indígena es incluso más amplia, ya que contempla la representación en la “Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales locales con población indígena” (artículo 125). En el caso de la participación en la Asamblea Nacional, se especifica la elección de tres diputados/as indígenas (artículo 125).

Como señalábamos precedentemente, otro aspecto del derecho a la participación de los pueblos indígenas es su manifestación en el derecho a la consulta. Este implica una visión más amplia de la participación (como tradicionalmente se entiende), ya que no se restringe a la inclusión de los pueblos indígenas en los mecanismos formales de participación de los ciudadanos, sino que es una forma de incidencia permanente de los pueblos en aquellos aspectos que les afecten directamente. En el ámbito constitucional, este derecho se encuentra reconocido expresamente en la Constitución de **Bolivia**, donde se consagra que los pueblos indígenas tendrán derecho a “ser consultados mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales en el territorio que habitan” (artículo 30.II N°15). Como vemos, la redacción se realiza en términos muy similares al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, con la excepción de que se consagra la obligatoriedad de la consulta en caso de existir medidas que afecten la explotación de recursos naturales.

Ecuador también consagra este derecho, en los siguientes términos: “La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se

obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley” (artículo 57 N°7 de la Constitución).

En otros países, la regulación de este derecho se encuentra a nivel legal o reglamentario, como en Perú, Chile y Colombia. En estos casos, se puede entender que la constitucionalización del derecho se realiza mediante la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno (a través de la ratificación del Convenio 169 de la OIT).

2.2.3 Derecho consuetudinario indígena

Otro aspecto que se encuentra presente en las Constituciones de la región es el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena y la justicia propia indígena. Los países que contienen algún tipo de mención a estos elementos y que, en definitiva, reconocen el pluralismo jurídico son Colombia, Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela. Aunque con diversas fórmulas, todos estos países han avanzado hacia el intento de articular la justicia del Estado con la justicia propia indígena.

En este ámbito hay dos contenidos mínimos que se desprenden del análisis constitucional: a) reconocimiento del sistema de normas o derecho consuetudinario, y por ende de la potestad normativa o reguladora de los pueblos y las comunidades indígenas y campesinas y b) la función jurisdiccional especial o la potestad de impartir o administrar justicia²³. Por otra parte, en gran parte de las Constituciones se reconocen los límites al ejercicio de la justicia tradicional.

En el caso de **Bolivia**, el artículo 30 N°14 indica que se reconoce a los indígenas el derecho a gozar del “ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos de acuerdo a su cosmovisión”. Asimismo, se reconoce el ejercicio de la jurisdicción especial a las autoridades tradicionales: “la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades” (artículo 179) y en la aplicación de esta jurisdicción especial aplicarán “sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios” (artículo 190). En cuanto a los límites se reconoce que “la jurisdicción indígena ordinaria respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución”. En las demás disposiciones se tratan temas

²³ YRIGOYEN, R. “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”. *El Otro Derecho*, N°30, 2004.

tales como el ámbito de aplicación de la jurisdicción especial indígena y las formas de ejecución de las resoluciones (artículos 191 y 192 respectivamente).

Colombia, por su parte, reconoce en el artículo 246 tanto el derecho consuetudinario, como la jurisdicción especial y sus límites: “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”.

En **Ecuador** se reconoce el derecho a los pueblos indígenas (como derecho colectivo) a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de mujeres, niñas, niño y adolescentes” (artículo 57 N°10) y se reconoce a las autoridades indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales con base a sus tradiciones ancestrales (artículo 171).

En el caso de **Paraguay** la redacción constitucional es menos clara, el artículo 63 solo indica que se reconoce el derecho a la “voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia” y que “en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”. Es decir, se reconoce el derecho consuetudinario, pero no la jurisdicción especial indígena.

En **Perú**, por su parte, se reconoce el derecho de las “comunidades indígenas y campesinas” a aplicar el derecho consuetudinario mediante sus autoridades y las rondas campesinas, siempre que no violen los derechos fundamentales de las personas” (artículo 149). Las rondas campesinas son una manifestación particular de ejercicio de la jurisdicción campesina e indígena en Perú²⁴.

Finalmente, en **Venezuela** de manera similar que en Perú, se reconoce el derecho de las autoridades de las comunidades indígenas y rondas campesinas a “ejercer funciones

²⁴ Las Rondas Campesinas constituyen una forma extendida de institución comunal andina que ejerce funciones de gobierno local, justicia, desarrollo local, interlocución con el Estado y articulación supra-local. Véase: YRIGOYEN, R. “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”. *Revista Alpanchis: justicia comunitaria en los Andes*, N°59-60, Vol. N°1, 2002.

jurisdiccionales dentro de ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona [...]”.

Uno de los aspectos comunes a la regulación comparada es el establecimiento de límites a la jurisdicción especial indígena y que se encuentran en el respeto a los derechos humanos internacionalmente reconocidos o establecidos en la Constitución. Por otra parte, gran parte de las Constituciones analizadas se remiten a la ley para la coordinación entre la justicia estatal y la justicia indígena. Sin duda este último aspecto es uno de los mayores desafíos del pluralismo jurídico. Sobre las características que deben tener estas leyes, Yrigoyen señala que deben establecer reglas que permitan resolver conflictos de competencia, mecanismos de cooperación y auxilio, así como –en una lógica de diálogo intercultural- la ley debería establecer procedimientos para resolver presuntos conflictos entre derechos humanos y jurisdicción especial²⁵.

2.2.3 Propiedad indígena y recursos naturales

Una materia fundamental para los pueblos indígenas, es el reconocimiento de su propiedad y recursos naturales. La propiedad sobre el territorio y los recursos naturales adquiere particularidades en el caso de los pueblos indígenas, porque además de su relación especial con el territorio de acuerdo a su cosmovisión, han demandado un reconocimiento de su calidad de derecho colectivo, es decir, que la titularidad es de los indígenas en cuanto a pueblos. Así lo ha reconocido expresamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶.

En este ámbito existen grandes coincidencias en las Constituciones de la región. Por una parte, se reconoce el derecho a la propiedad comunitaria o colectiva y además se establecen obligaciones para el Estado de reconocimiento de titularidad, demarcación y protección. Asimismo, gran parte de las Constituciones contienen disposiciones que se refieren al uso y goce de los recursos naturales que existen en sus territorios.

Sobre el derecho de propiedad colectivo, se reconoce principalmente respecto de las tierras que los pueblos indígenas han utilizado ancestralmente, y se enuncian ciertas características de esta

²⁵ *Ibidem*, p. 190.

²⁶ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

propiedad (inembargable o intransferible). Así por ejemplo, en **Argentina** se reconoce el derecho a la “posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos [...]” (artículo 75 Nº17). En el mismo sentido, la Constitución de **Bolivia** indica: “El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y de las comunidades campesinas. La propiedad colectiva se declara indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible [...]” (artículo 394 III). Finalmente, la Constitución de **Venezuela** señala que el Estado tiene la obligación de “[...] garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley” (artículo 119).

En **Perú**, si bien no existe referencia expresa a la “propiedad colectiva”, se reconoce el derecho a la propiedad comunal de las Comunidades Campesinas e Indígenas en tanto personas jurídicas (artículos 88 y 89). En el caso de Colombia, tampoco existe este reconocimiento expreso, pero se indica que la administración del territorio indígena recae en sus autoridades tradicionales (artículo 330).

Respecto a las obligaciones que se establecen para los Estados, se establece principalmente la demarcación. Como señaló la Corte Interamericana en un caso contra Nicaragua, “[...] el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de **delimitación, demarcación y titulación** de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta”²⁷. En esta línea se encuentran las Constituciones de Bolivia (artículo 30 II Nº6), Brasil (artículo 231) y Venezuela (artículo 119).

En cuanto al uso y aprovechamiento de los recursos naturales, todas las constituciones analizadas en este estudio contienen una previsión al respecto. En general, se reconoce el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran en los territorios indígenas. Por ejemplo, la

²⁷ *Ibidem*, párr. 38. El destacado es nuestro.

Constitución de **Ecuador** indica que se reconoce el derecho a “Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras” (artículo 57 N°6). Por su parte, la Constitución de **Brasil** señala que “las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios se destinan a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas” (artículo 231 N°2).

Otras constituciones contienen ciertas especificaciones inspiradas en el DIDH. Por ejemplo, la Constitución de Bolivia se refiere a la noción de “participación en los beneficios” cuando se desarrollen actividades de explotación de recursos naturales donde habiten o en sus territorios, concepto que tiene su origen en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT²⁸. Señala la Constitución de Bolivia: “Los pueblos indígenas y campesinos gozan de los siguientes derechos [...] a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios” (artículo 30 II N° 16). En el mismo sentido, las constituciones de Brasil (artículo 231 N°2) y Ecuador (artículo 57 N°6).

2.2.4 Educación

Uno de los pilares fundamentales para la preservación de la cultura e identidad de los pueblos indígenas es la educación. Las constituciones de América Latina en esta materia contienen disposiciones que reconocen desde el derecho a la educación bilingüe, hasta la noción más amplia de educación intercultural.

Las constituciones de **Brasil** (artículo 210) y **Colombia** (artículo 10), se refieren a la noción de “educación bilingüe”, es decir, la posibilidad de que la educación formal sea impartida tanto en el idioma estatal como en el idioma de los pueblos indígenas. Por ejemplo, la Constitución de Colombia indica: “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los

²⁸ Artículo 15 N°2 Convenio 169 OIT: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe” (artículo 10).

La noción de educación intercultural, por su parte, es más amplia, ya que no tiene que ver solo con el idioma, sino también con la transmisión y entendimiento de la cultura. Es aquella “referida a los programas y prácticas educativos diseñados e implementados para mejorar el rendimiento educativo a las poblaciones étnicas y culturales minoritarias y, a la vez, preparar a los alumnos del grupo mayoritario para aceptar y aprender las culturas y experiencias de los grupos minoritarios”²⁹. La Constitución de **Bolivia** indica que la “educación es intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo” (artículo 78 II). En el caso de Perú, la educación intercultural se garantiza dependiendo de las “características de cada zona” (artículo 17). **Venezuela**, por su parte, reconoce el derecho a una “educación propia” y a un régimen educativo de carácter “intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones” (artículo 121). **Argentina**, al igual que Venezuela, se refiere tanto a la noción de educación intercultural como bilingüe: “Corresponde al Congreso [...] Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural” (artículo 75 N°17).

La Constitución de **Ecuador** sitúa la interculturalidad como uno más de los principios que deben regir el sistema educativo (artículo 27, junto a otros principios como la educación en derechos humanos y respeto a la democracia), y además precisa los objetivos que debe cumplir este tipo de educación como una obligación del Estado: “Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje [...]” (artículo 57 N°14). Como decíamos, el concepto de educación intercultural se asocia directamente a la preservación de la identidad y cultura.

²⁹ AGUADO, M. “La educación intercultural: concepto, paradigmas y realizaciones”. En: JIMENEZ, M. (Coord.). *Lecturas de Pedagogía Diferencial*. Madrid, Dykinson, pp.87-104.

2.3 Conclusiones sobre temáticas y aspectos comunes al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina

De este estudio comparado surge con claridad el avance que ha habido en la región en materia de tratamiento de los temas vinculados con los pueblos indígenas. Esto constituye un importante insumo para la discusión nacional, ya que estamos ante desarrollos políticos constitucionales respecto de países con historias similares de marginación y exclusión de los pueblos indígenas y con realidades con desafíos comunes.

Sin duda surge con claridad que se han producido distintos momentos constitucionales en materia de derechos de los pueblos indígenas. En un primer momento, un tratamiento genérico, donde el solo reconocimiento y valoración de las particularidades culturales de estos pueblos constituía un avance frente a las políticas asimilacionistas que habían primado en la historia de la región. Luego, un segundo momento donde hay un mayor desarrollo sobre algunos reconocimientos explícitos a nivel constitucional sobre aspectos relevantes para la plena garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas en condiciones de igualdad. Finalmente, una última etapa basada en amplios estatutos particulares sobre pueblos indígenas donde se detallan una serie de elementos desde el texto constitucional.

Más allá de estas diferencias en los enfoques es evidente que en Chile tenemos que hacer un esfuerzo por dar un tratamiento adecuado a este tema ya que la nuestra, como pocas, no trata en absoluto el tema.

3. Discusión en Chile: Proyectos de reforma constitucional en Chile sobre reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos³⁰

De acuerdo al análisis de derecho comparado, Chile es el único país del continente –junto con Uruguay- que no tiene en su Constitución alguna referencia a los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, desde 1990 se han presentado 8 proyectos de reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas. Desde la presentación del primer proyecto en 1990, se ha evolucionado desde una discusión centrada en la protección de los pueblos indígenas³¹ hacia un enfoque centrado en derechos colectivos, como los de participación política³². Sin embargo, pese a la gran cantidad de proyectos ingresados, ninguno ha logrado avanzar en la tramitación legislativa. Las temáticas abordadas por los proyectos son diversas, pero tienen un denominador común: la búsqueda del “reconocimiento” constitucional de los pueblos indígenas. A continuación, veremos los alcances de los diferentes proyectos de ley ingresados al parlamento.

3.1 Los alcances del reconocimiento

El primer proyecto ingresado en el año 1991 por iniciativa del gobierno del ex Presidente Patricio Aylwin, tenía como uno de sus principales objetivos la “protección” de los pueblos indígenas. En ese sentido, se buscaba agregar un inciso final al artículo 1 de la Constitución que señalara “El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la nación chilena”³³. Al mismo tiempo que se ingresaba este proyecto, se presentaba un proyecto de ley que establecía normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y

³⁰ Para mayor detalle sobre los proyectos ingresados al parlamento, véase anexo 2.

³¹ Boletín 513-07 ingresado el 1 de enero de 1991.

³² Boletín 8438-07 ingresado el 11 de julio de 2012.

³³ El texto aprobado en general por la Cámara de Diputados señalaba “El Estado reconoce y ampara a los indígenas que integran la nación chilena y velará por su desarrollo y su adecuada protección jurídica”.

proponía crear la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (actual CONADI). Esta dualidad de iniciativas se debió a que se consideraba que las normas contenidas en el proyecto de ley, requerían de una reforma constitucional previa para su aprobación. Pese a ello, solo se logró aprobar más tarde la Ley Nº19.253, sin aprobarse la reforma constitucional³⁴. En este primer intento de aproximación constitucional a la temática indígena, el alcance del reconocimiento se relaciona con el establecimiento de normas que favorecieran la protección de los pueblos indígenas, y delimitándose claramente la pertenencia de los pueblos indígenas como integrantes de la nación chilena.

A partir de este proyecto, los que vendrían a continuación tendrían diferentes objetivos en cuanto a los alcances del reconocimiento.

- **Reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas como integrantes de la nación chilena. El reconocimiento tiene por objeto garantizar el derecho a desarrollar y fortalecer la identidad y tradiciones.** Este es el caso de los boletines 2360-07³⁵, 2534-07³⁶ y 4069-07³⁷.

El ingreso 2360-07 tiene por objetivo agregar al artículo 1 de la Constitución el siguiente inciso final: “El Estado reconoce a los pueblos indígenas originarios que integran la nación chilena y les garantiza el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico”. En la moción de ingreso se indicaba que la iniciativa tenía por objetivo “establecer el reconocimiento como ‘pueblos’ al más alto nivel de las normas jurídicas del Estado, en el entendido que la Constitución Política no es una ley más, sino que ella constituye, además, un ‘Pacto Político’ que fija las reglas del juego por las que se rige esta sociedad y el Estado de Chile”. Pese al objetivo planteado en la moción, la redacción propuesta no establece un reconocimiento sustancial a su calidad de pueblos, limitándose a un reconocimiento orientado a fortalecer la identidad y tradiciones. La propuesta aclara que el término “pueblos” no debe ser entendido en el sentido de que los pueblos detentan la “titularidad de la soberanía

³⁴ Este proyecto intentó ser sometido a discusión nuevamente en el año 2000, pero fue rechazado (bajo una nueva redacción) con fecha 17 de octubre de 2000.

³⁵ Boletín 2360-07 ingresado el 6 de junio de 1999.

³⁶ Boletín 2534-07 ingresado el 6 de julio de 2000.

³⁷ Boletín 4069-07 ingresado el 10 de enero de 2006.

nacional y de atender en contra de la unidad del Estado”. En este sentido, señala expresamente como objetivos del reconocimiento: “creemos que el Estado se fortifica si reconoce simplemente la verdad incuestionable de que los pueblos indígenas existen y los reconoce y ampara en el legítimo espacio que necesiten para vivir, desarrollarse y todos en conjunto luchar y construir un país que nos pertenece a todos”.

En el año 2004, tras no existir debate por más de dos años acerca del proyecto, se solicita su archivo, rechazándose la moción, por lo que actualmente se encuentra “en tramitación”.

Por su parte, el ingreso 2534-07 se inserta en la política de “Nuevo Trato” iniciada por el ex Presidente Ricardo Lagos. Dentro de los objetivos de esta política de Nuevo Trato se establecía como medidas “el mejoramiento del nivel de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas (reconocimiento constitucional, representación y participación política), aplicación efectiva de la ley indígena, fortaleciendo el espacio de participación de las comunidades”. La iniciativa 2534-07 presentada por los senadores Bitar, Hamilton, Silva y Viera Gallo pretendía, entre otras cuestiones, agregar el siguiente inciso final al artículo 1 de la Constitución Política “El Estado promoverá el respeto y desarrollo de las culturas de los pueblos indígenas y garantizará a sus integrantes la plena participación social en iguales términos que los demás sectores o grupos que conforman la nación chilena”.

Sin embargo, a lo largo de su tramitación la propuesta sufrió modificación, explorándose diversas redacciones para la adición al artículo 1 de la Constitución Política de la República:

- Propuesta del senador Larraín: “La nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación y declara su especial preocupación por las poblaciones indígenas originarias a las cuales garantiza su derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad”³⁸.
- Acuerdo de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado (18 de marzo de 2003): “La nación chilena es una e indivisible. El Estado reconoce la existencia de etnias indígenas

³⁸ Este acuerdo fue aprobado en general por el Senado con fecha 15 de enero de 2000.

originarias, entre éstas, la Mapuche, la Aimara, la Rapa Nui o Pascuense; las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán. Ellas constituyen parte esencial de las raíces de la nación chilena. Es deber del Estado respetar su identidad y promover su cultura y tradiciones”³⁹.

- Indicación del Ejecutivo (29 de abril de 2003): “La nación chilena es una e indivisible. El Estado reconoce a los pueblos indígenas que forman parte de la Nación chilena y habitan su territorio. La ley promoverá su participación, y la de quienes los integran, en la vida nacional y les garantizará el derecho a conservar, desarrollar, y fortalecer su identidad, idioma, instituciones y tradiciones en lo espiritual, cultural y social”⁴⁰.
- Acuerdo de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado (18 de mayo de 2005). “La Nación chilena es una e indivisible [...] Es deber del Estado resguardar la seguridad de la Nación, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que forman parte de la Nación chilena”⁴¹.

La última propuesta en el Senado no alcanzó los acuerdos necesarios y la reforma constitucional del año 2005 no recogió la cuestión indígena.

En el año 2006, un grupo de diputados ingresa la [moción 4969-07](#). Los diputados señalan que no basta con el reconocimiento legal de la existencia de pueblos indígenas sino que “se hace necesario que, sin perjuicio de existir una normativa especial sobre este punto, exista un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, dicho reconocimiento ha sido una aspiración muy sentida por estos pueblos”. En términos similares a los otros proyectos ingresados, este reconoce la existencia de una sola nación y el reconocimiento tiene por objetivo el resguardo de la identidad cultural de los pueblos: “La nación chilena es una e indivisible [...] Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones

³⁹ Rechazado por el Senado en primer trámite con fecha 29 de abril de 2003.

⁴⁰ Rechazado por el Senado en primer trámite con fecha 29 de abril de 2003.

⁴¹ Rechazado por el Senado en primer trámite con fecha 18 de mayo de 2005.

y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que forman parte de la nación chilena”. Tras tres años de tramitación es proyecto fue archivado el 21 de abril de 2009.

Un aspecto común de todos los proyectos presentados, es que la utilización del término “pueblos indígenas” no trae consigo el reconocimiento del principio de la autodeterminación ni de derechos colectivos. Asimismo, en el debate tampoco se encuentra presente la noción de autonomía de los pueblos indígenas. En general, el reconocimiento constitucional tiene por objeto visibilizar la existencia de culturas diversas y generar obligaciones para el Estado en términos de respeto y para proteger y conservar la identidad, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas. En ese sentido, el reconocimiento propuesto no tiene consecuencias en términos de derechos colectivos ni el desarrollo de estatutos jurídicos diferenciados. Relacionado con lo anterior, en todos los proyectos hay un reconocimiento de la existencia de una sola nación: la chilena. Los proyectos son claros en recalcar que dicha nación es única e indivisible.

- **Reconocimiento de la contribución de los pueblos indígenas a la conformación del pueblo chileno. El reconocimiento tiene por objetivo señalar que es deber del Estado respetar la identidad, cultura y tradiciones de los pueblos indígenas.** Este es el caso del boletín 5324-07⁴².

Este proyecto de reforma constitucional, a diferencia de los presentados anteriormente, no solo tiene por objeto reconocer la existencia de los pueblos indígenas, sino también reconocer su aporte a la conformación de la nación chilena. Entre los fundamentos del proyecto se indica que “es un deber de la sociedad chilena reconocer expresamente a los pueblos indígenas dentro de la Carta Fundamental, como demostración del respeto y del interés de la nación chilena por sus tradiciones y culturas [...] en este sentido, la nación chilena, como entidad sociológica unida por un pasado presente y futuro común, es inexplicable si no se valora el aporte matriz efectuado por los pueblos indígenas originarios, los que fusionados en el transcurso de los siglos con las poblaciones de emigrantes, han amalgamado lo que hoy constituye nuestra nación”.

Esta voluntad se manifiesta en la propuesta de modificación del artículo 2 de la Constitución en el sentido de incorporar un inciso que señale: “La Nación chilena es una e indivisible, reconoce y

⁴² Boletín 5324-07 ingresado el 6 de septiembre de 2007.

valora la contribución de los pueblos indígenas originarios, definidos como grupos de culturas anteriores a la organización del Estado y a la conformación del pueblo chileno. Es deber del Estado respetar la identidad, cultura y tradiciones de sus raíces ancestrales”.

Al igual que en los proyectos anteriores, en este caso el reconocimiento está limitado a la existencia de los pueblos indígenas, con el correlativo deber del Estado de respetar la identidad y cultura de los pueblos originarios. Se adopta además una definición de “pueblos” referida a su origen, pero no política. Este proyecto fue refundido con el boletín 5522-07, que veremos más adelante.

- **Reconocimiento de la existencia de una nación multicultural. El reconocimiento el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas instituciones y tradiciones.** Es el caso de los boletines 5427-07⁴³ y 5522-07⁴⁴.

En el proyecto ingresado mediante boletín 5427-07, se indica que el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios de Chile es un compromiso que se adquirió con el Acuerdo de Nueva Imperial de 1989. En este sentido, se señala que el Estado tiene el deber de reconocer la existencia de los pueblos indígenas, y comprometerse a promover su desarrollo y respeto a sus tierras, esto como respuesta a una demanda de los pueblos indígenas. Asimismo, se hace referencia a la necesidad de un reconocimiento constitucional basado en las recomendaciones internacionales, señalando que el avance en el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas a nivel mundial y latinoamericano ha reafirmado que las aprehensiones jurídicas y políticas sobre reconocimiento constitucional de los pueblos no tienen base real y que por el contrario “ha permitido su adecuada incorporación y participación en las instituciones públicas y gubernamentales, incluso las primeras magistraturas”.

El texto de reforma se estructura sobre la base del “reconocimiento constitucional del carácter multicultural de la nación chilena”, vale decir, manteniendo la unidad de la Nación, reconocer la diversidad cultural de ésta. En este sentido, la propuesta propone agregar un inciso cuarto al

⁴³ Boletín 5427-07 ingresado el 30 de octubre de 2007

⁴⁴ Boletín 5522-07 ingresado el 23 de noviembre de 2007.

artículo 3 que indique: “La nación chilena es multicultural. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales”.

Sin embargo, en el proyecto se aclara que la utilización del término “pueblo” no debe interpretarse en el sentido que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional, citando para ello al Tribunal Constitucional en la sentencia 309-2000⁴⁵.

En este sentido, las consecuencias del reconocimiento constitucional en este proyecto solo tienen que ver con el reconocimiento de derechos a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad y tradiciones. Conforme señala el proyecto el derecho que se les reconoce implica tres acciones por parte del Estado: conservar, desarrollar y fortalecer. “Conservar” es mantener vivo y cuidar en el tiempo; “desarrollar” es hacer crecer, acrecentar; y “fortalecer”, es corroborar y confirmar.

El proyecto fue retirado por la Presidencia de la República el 20 de noviembre de 2007.

Por su parte, el ingreso 5522-07, con los mismos fundamentos del proyecto anterior, propone adicionar el mismo inciso al artículo 3 de la Constitución Política de la República, decidiéndose refundir este proyecto con el proyecto presentado por Senadores de oposición (5324-07). El texto aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento propone reemplazar el artículo 4 por el siguiente: “La nación chilena es una, indivisible y multicultural. El Estado reconoce la existencia de pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional. Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes”. Este último proyecto se encuentra aún en primer trámite constitucional en el Senado.

⁴⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia de 4 de agosto de 2000, rol 309-2000.

En ambos ingresos se reconoce a la nación chilena como una nación “multicultural”, esto es, una nación compuesta por un conjunto variado de personas que se identifican con culturas diversas en un mismo territorio. Respecto de los otros proyectos analizados, estos avanzan al incorporar conceptos que permiten realizar un reconocimiento más sustantivo de la realidad de la nación chilena, sin embargo, las consecuencias de este reconocimiento son las mismas: establecimiento de derechos y deberes correlativos al Estado relacionados con la conservación y fortalecimiento de la identidad y tradiciones, pero sin adicionar componentes de autonomía territorial o política.

- **Reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas y de sus derechos colectivos.** Es el caso del último proyecto ingresado al Parlamento, el boletín 8438-07.

El boletín 8438-07 ingresado el 11 de julio de 2012 por un grupo de diputados es uno de los proyectos más complejos en términos conceptuales y más sustantivos desde la perspectiva del reconocimiento. El proyecto se presenta con el objetivo de “hacerse cargo de un conflicto ético, político, social y jurídico que surgió desde los orígenes, mismos de nuestra historia como proyecto nacional a inicios del Siglo XIX. Es el conflicto con los Pueblos Indígenas de Chile, con un conjunto de sociedades con una etnia, una cosmovisión y cultura propia a la cual el Estado no solo no protegió durante siglos sino que hizo esfuerzos sistemáticos para destruirlas”, y propone la incorporación de un artículo 4 a la Constitución Política en el siguiente sentido:

"El Estado reconoce la existencia de los Pueblos Indígenas, descendientes y continuadores históricos de las sociedades prehispánicas que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente ejerce soberanía.

Es deber del Estado garantizar la preservación de la diversidad étnico cultural de la nación, el ejercicio de la cultura y la identidad de los Pueblos Indígenas, con pleno respeto de la autonomía de sus miembros.

El Estado reconoce y garantiza el ejercicio de los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas, su representación política y su participación efectiva en las decisiones que los distintos órganos de la Administración adopten referidos a sus derechos colectivos”.

La iniciativa reconoce las dificultades que ha tenido el reconocimiento constitucional en la tramitación legislativa, pero indica que la pertinencia del texto propuesto se justifica en las nuevas condiciones políticas y que “hacen viable esta iniciativa”, así como en la necesidad de adecuar la legislación nacional a “los nuevos estándares de la comunidad jurídica internacional en la materia”, en concreto, el Convenio N°169 de la OIT y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

De esta forma, se introducen conceptos que hasta el momento habían estado ausentes en el debate legislativo, tales como “autonomía” y “derechos colectivos”. En ese sentido, los alcances del reconocimiento en este proyecto parecen ser algo más sustantivos que las otras iniciativas, ya que no solo se limita a proteger la identidad cultural y tradiciones de los pueblos indígenas, sino también a reconocer sus derechos colectivos y autonomía. Sin embargo, de lectura de la moción que apoya la iniciativa no se desprenden mayores detalles del alcance concreto de estos conceptos, aclarándose únicamente que los derechos colectivos se refieren a la “participación y representación política”. Ello es consistente con el resto de iniciativas que acompañan el articulado propuesto y que tienen que ver con asegurar espacios de representación política a miembros de comunidades indígenas (como veremos más adelante en el apartado de reconocimiento de derechos específicos).

El proyecto se encuentra actualmente en trámite en primer trámite Constitucional en la Cámara de Diputados.

3.2 Reconocimiento de derechos específicos

Las propuestas de reforma constitucional no solo han abordado el reconocimiento constitucional en los términos expuestos, sino que también se han referido a otras temáticas específicas, tales como participación política o protección de recursos naturales y tierras. A continuación veremos el detalle de las iniciativas presentadas en estas materias.

- **Participación política. Propuestas de creación de cupos especiales para la elección de diputados, senadores y concejeros indígenas⁴⁶.**

Una materia donde parece existir mayor apertura en la discusión sobre reforma constitucional en materia de pueblos indígenas, es en la inclusión de mecanismos especiales de representación política para miembros de pueblos indígenas. Esta mayor apertura se manifiesta en que gran parte de las iniciativas presentadas en el congreso en la materia se relacionan con participación política. En ese sentido se enmarcan los boletines 2360-07, 5402-07 y 8438-07.

En el boletín 2360-07 ingresado el 6 de julio de 1999 propone en materia de participación política tres iniciativas: 1) Participación política en el Poder Legislativo a través del establecimiento de cupos especiales de representación, 3 senadores/as y 10 diputados/as. Se propone para estos efectos la creación de un Registro Electoral Indígena donde se inscribirían las personas pertenecientes a pueblos indígenas y que los habilitaría para votar por estos representantes; 2) Participación en la administración comunal a través de la elección de concejales/as indígenas. Se propone que por cada 5% de población indígena que exista en cada comuna respecto del total de esta, se elija un concejal hasta un máximo total que determine la ley. Los/as concejales/as serían elegidos/as por los/as ciudadanos/as inscritos/as en el registro electoral indígena y; 3) Creación de un Parlamento Indígena. El parlamento tendría como objetivo administrar los recursos que se destinen a la ley indígena y dictar reglamentos e instrucciones para la aplicación de la política indígena. Asimismo se contempla en el proyecto que el Parlamento Indígena sea el encargado de nombrar al director de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Estos representantes se elegirían por las personas inscritas en el Registro Electoral Indígena.

Esta propuesta se funda en el reconocimiento de la necesidad de contar con mecanismos que permitan a los pueblos indígenas incidir en materias legislativas y políticas que les afecten directamente, considerando que son un porcentaje de la población chilena con una identidad e intereses comunes. Según la información disponible en la página web de la Cámara de Diputados, el proyecto se encuentra desde el 12 de agosto de 2004 en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

⁴⁶ Boletín 2360-07 ingresado el 6 de julio de 1999; Boletín 5402-07 ingresado el 11 de octubre de 2007; Boletín 8438-07 ingresado el 11 de julio de 2012.

El boletín 5402-07 ingresado el 11 de octubre de 2007 por iniciativa de un conjunto de diputados, tiene por objeto exclusivo reformar la Constitución para establecer la participación política de los pueblos indígenas. Entre los fundamentos de la propuesta se menciona que los esfuerzos en materia indígena han sido insuficientes para asegurar su participación plena en la vida nacional y se requieren cambios que permitan la inclusión de aquellos “que han sido históricamente excluidos del debate nacional”. Asimismo se hace referencia a la experiencia comparada que ha reconocido derechos especiales de representación: “Es así como Ecuador, Colombia, Guatemala, Canadá y Finlandia, entre otros, han realizado adecuaciones normativas a sus ordenamientos jurídicos con el objeto de reconocer derechos políticos a los pueblos indígenas que han habitado esos territorios desde tiempos ancestrales”.

La propuesta pretendía –en el marco de la discusión de la modificación del sistema binominal- incorporar un artículo 50 bis a la Constitución Política en el siguiente sentido: “Se asegurará a los Pueblos Indígenas que habitan el territorio chileno representación en el Congreso Nacional de acuerdo a los requisitos y condiciones que la ley orgánica constitucional respectiva establezca”.

La moción no establecía mayores detalles respecto a cómo se haría operativa esta representación especial en el Congreso Nacional. La moción fue archivada el 9 de junio de 2010.

Finalmente, la propuesta de reforma constitucional más reciente (boletín 8438-07 de 11 de julio de 2012), junto con reconocer la existencia de los pueblos indígenas, señala que los pueblos indígenas son titulares de derechos colectivos (derecho de participación y representación política), lo que se manifiesta en una propuesta concreta de cupos de representación para pueblos indígenas. Respecto de la fundamentación de la propuesta, se hace referencia al denominado “conflicto mapuche” y a la necesidad de contar con un sistema político representativo: “La agudización del conflicto mapuche ha demostrado de manera indesmentible la necesidad que tenemos como Estado de contar con un sistema político que asegure la presencia de representantes de las etnias en las instancias de decisión política y administrativa. La pluralidad de liderazgos locales impide la interlocución política entre el Gobierno, el Parlamento y las autoridades regionales y locales con los Pueblos indígenas, dificultando la tarea del diálogo y la generación de consensos. Mientras no exista una participación política institucional y efectiva

estaremos otorgando justificación a grupos minoritarios que buscan mediante la violencia hacer ver sus puntos de vista sobre los asuntos que afectan a los indígenas”.

De manera similar a la propuesta del año 1999, esta moción pretende reformar las disposiciones sobre la composición de la Cámara de Diputados y el Senado, generando 10 cargos de diputados y 4 de senadores, estableciendo que dichos cupos serán llenados por representantes de los distintos pueblos indígenas. Los electores serían aquellos inscritos en un Registro Electoral especial indígena. A diferencia del proyecto de 1999 esta iniciativa explicita los pueblos indígenas que serían considerados:

“Reemplázase el inciso 1° del Artículo 47 por el siguiente: La Cámara de Diputados está integrada por miembros elegidos en votación directa por los distritos electorales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva. A estos integrantes se sumará diez miembros que serán elegidos por los pueblos indígenas en elecciones simultáneas a las parlamentarias. Uno de ellos será electo por el pueblo Rapa Nui; cuatro por los pueblos Aymara, Quechua, Atacameño, Coya y Diaguita y cinco por el pueblo Mapuche, Kawashkar y Yámana, de conformidad a lo dispuesto en la ley orgánica constitucional respectiva”.

“Reemplazase el inciso 1° del Artículo 49 por el siguiente: El Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales. A estos miembros se sumarán cuatro senadores que serán electos por los pueblos indígenas en elecciones simultáneas a las parlamentarias. Uno de ellos por el pueblo Rapa Nui, uno por los pueblos Aymara, Quechua, Coya y Diaguita y dos por el pueblo Mapuche y los pueblos Kawashkar y Yámana de conformidad a lo dispuesto en la ley orgánica constitucional respectiva. Los senadores representantes de los pueblos indígenas renovarían su mandato cada cuatro años”.

Asimismo la iniciativa propone modificar la conformación de los consejos regionales y de los concejos municipales, creando cupos especiales que permitan asegurar la representación indígena en la toma de decisiones a nivel regional y comunal:

“Agréguese al Artículo 113 el siguiente inciso segundo nuevo, pasando el actual, tercero y final: En los consejos regionales se agregarán consejeros regionales representantes de los pueblos

indígenas, con idénticas atribuciones a los demás consejeros. La Ley establecerá el número de cargos que corresponda a cada Región de conformidad a lo dispuesto en el Censo Indígena respectivo, el que deberá realizarse al menos cada cuatro años. Los cargos reservados para miembros de los pueblos indígenas deberán ser un diez por ciento de todos los cargos, o al menos uno”.

“Agréguese el siguiente inciso segundo nuevo, al artículo 119, pasando a ser el actual segundo y así sucesivamente: En las comunas en que exista entre un veinticinco y un cuarenta y cinco por ciento de población indígena se agregarán un número de dos concejales supernumerarios representantes de los pueblos indígenas; en las comunas que tengan una población indígena superior a cuarenta y cinco por ciento, se aumentarán en tres concejales supernumerarios representantes de los pueblos indígenas.”

La representación en el ámbito regional y comunal se fundamenta en que estas instancias son fundamentales a la hora de destinar recursos a programas de desarrollo urbano y a la satisfacción de necesidades públicas como son salud primaria y educación pre-escolar, básica y media.

El proyecto se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados desde el 11 de julio de 2012.

- **Establecimiento de beneficios o franquicias a favor de pueblos indígenas**

Otro aspecto tratado por las propuestas de reforma constitucional es el establecimiento de “beneficios o franquicias” de carácter económico a favor de los pueblos indígenas. Es el caso de los boletines 513-07 y 2534-07.

El boletín 513-07 ingresado el 1 de enero de 1991, primer proyecto sobre reforma constitucional de la década, propone incorporar un inciso al artículo 19 N° 22 (no discriminación arbitraria en materia económica” según el cual “la ley podrá establecer beneficios o franquicias determinadas en favor de las comunidades indígenas”, y proponía una nueva materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República para “establecer sistemas de protección jurídica y beneficios o franquicias para el desarrollo de los pueblos indígenas”.

Por su parte el boletín 2534-07, impulsado por un grupo de Senadores en el Gobierno del ex Presidente Ricardo Lagos, en el mismo sentido que la propuesta anterior, tenía por objeto agregar al artículo 62 de la Constitución un numeral 7 que indicara “establecer beneficios o franquicias para el desarrollo de los integrantes y comunidades de los pueblos indígenas” y agregar un inciso final al número 22 del artículo 19 que indicara: “dicha ley podrá también establecer beneficios o franquicias a favor de los integrantes y comunidades de los pueblos indígenas”.

De manera acorde a las visiones predominantes en materia indígena del período (proteccionismo y desarrollismo), en ambas propuestas, el establecimiento de las franquicias especiales tiene por objeto el desarrollo de los pueblos indígenas, sin desarrollar un enfoque de derechos. Las dos iniciativas fueron archivadas.

- **Consagración de la prohibición de discriminación respecto de los pueblos indígenas**

Una iniciativa particular en materia de reconocimiento constitucional de pueblos indígenas la constituye el boletín 5324-07 ingresado el 6 de septiembre. Esta iniciativa, junto con proponer el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas (en cuanto a su contribución a la formación de la nación chilena) –como ya vimos- también tenía como objetivo la consagración de la prohibición de discriminación respecto de personas pertenecientes a los pueblos indígenas. La iniciativa indica que el reconocimiento constitucional es superfluo “si no tenemos en cuenta que parte de las desigualdades sociales que afectan a los descendientes de los pueblos originarios derivan de la discriminación que sufren, basados en estereotipos que los afectan, impuestos por la sociedad global”. Por ello se señala que es de suma relevancia la eliminación como factor de discriminación las consideraciones étnicas o raciales de los habitantes del territorio nacional.

En ese sentido se propone incorporar al artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República (igualdad ante la ley), la siguiente oración final: “entre otras, no se podrán establecer diferencias arbitrarias que se funden en el origen étnico o racial de las personas”.

Esta iniciativa fue refundida posteriormente con el boletín 5522-07 donde no se retomó la discusión respecto de este punto. En la actual ley sobre antidiscriminación una de las categorías prohibidas de discriminación es la “raza o etnia”⁴⁷.

- **Protección de tierras y de derechos de aguas**

Finalmente, otro de los aspectos destacados en las propuestas de reforma constitucional es la inclusión de regímenes de protección de tierras y derechos de aguas para pueblos indígenas. En este caso se enmarcan las propuestas de los boletines 5427-07 y 5522-07. A diferencia de las experiencias comparadas en la región, ninguna de estas propuestas tiene por objetivo reconocer la titularidad de derechos colectivos, sino que el enfoque está centrado en la protección de las tierras.

El boletín 5427-07, proponía agregar un nuevo inciso al artículo 19 N°24 en el siguiente sentido: “con todo, la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas”. Como fundamento a esta incorporación se señala que “es fundamental que la Constitución chilena vele por la protección de las tierras indígenas en combinación con proyectos de inversión y el consiguiente desarrollo sostenible del país”. Sin embargo, no se otorgan mayores detalles de los alcances que tendría esta protección o cuales serían sus objetivos concretos.

Este boletín fue retirado por la Presidencia de la República, que ingresó el boletín 5522-07, proponiendo la misma redacción del nuevo inciso del artículo 19 N°24. El proyecto fue debatido y el texto aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado fue el siguiente (adición de un inciso al artículo 19 N°24): “La ley protege la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme a lo establecido en la Constitución y las leyes”. Acá se hace referencia en específico a la protección de la *propiedad* de las tierras y aguas, a diferencia de la redacción anterior que era más genérica.

Tampoco se especifican los alcances de la protección, ni siquiera en el mensaje que acompaña al proyecto. La iniciativa se encuentra en primer trámite constitucional en el Senado.

⁴⁷ Ley N°20.609 que establece medidas contra la discriminación, artículo 2.

3.3 Conclusiones acerca de las propuestas de reforma constitucional en materia indígena

Los diferentes proyectos ingresados al Parlamento desde el retorno a la democracia, han buscado el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas desde una perspectiva formal. Es decir, reconocer la existencia de diversas etnias indígenas, pero sin que esto tenga mayores consecuencias desde la perspectiva jurídica. Solo el último ingreso del año 2012 incorpora conceptos que se han desarrollado en el constitucionalismo comparado, tales como autonomía, derechos colectivos y multiculturalismo. La iniciativa presentada evidencia un cambio de paradigma y de escenario social y político, donde la exclusión y discriminación que viven las comunidades indígenas en nuestro país requiere de una respuesta más compleja que el reconocimiento formal.

En el ámbito en que existe mayor coincidencia y apertura en el debate constitucional, es en la posibilidad de otorgar una mayor participación política a través del establecimiento de cupos de representación política y en materia de protección de tierras ancestrales y recursos naturales. Estos aspectos, sin duda, que son fundamentales para un futuro debate constitucional y nos otorgan herramientas para trabajar en propuestas constitucionales inclusivas del debate histórico, pero que se adapten a una realidad que, como decíamos, requiere de soluciones estructurales en el sistema jurídico.

4. Propuestas y elementos para una nueva Constitución

A la luz de los elementos expuestos, nos parece que la discusión en torno a un nuevo tratamiento del tema indígena en la Constitución chilena debiera considerar los siguientes elementos: a) reconocimiento, b) una cláusula general que consagre el derecho general de igualdad y no discriminación basado en razones de la etnia; y, c) algunos derechos con reconocimiento explícito a través de la consagración de principios.

4.1 Reconocimiento y configuración estatal

Como hemos visto, la experiencia comparada nos plantea que un elemento clave para una relación adecuada entre el Estado y los pueblos indígenas es su adecuado reconocimiento dentro del diseño constitucional. En este sentido, las opciones son variadas y cada una con un alcance particular. Este reconocimiento puede ir desde la mera constatación de la existencia de los pueblos indígenas; la necesidad de protección de ciertos elementos que configuran la identidad de los pueblos indígenas; que Chile es un Estado multicultural y multiétnico; el reconocimiento del carácter intercultural; hasta un reconocimiento explícito de su carácter plurinacional.

Cada una de estas fórmulas son una clara superación de la actual situación donde no hay reconocimiento alguno del carácter complejo de la realidad nacional y una superación del mito fundacional chileno, el de la inexistencia de una serie de colectivos diferentes en nuestro país y la sola existencia de un cuerpo homogéneo construido bajo la idea de un mestizaje absoluto.

Atendidas las discusiones habidas en el país y en la región las últimas décadas, la opción que nos parece adecuada de ser explorada es el reconocimiento de la **interculturalidad y la plurinacionalidad**. Esta opción da cuenta no solo de la riqueza de la construcción cultural, sino que además, sirve de punto de partida para la construcción de una nueva forma de relación del Estado

con los pueblos indígenas, desde la base de una idea de trato entre iguales. Solo en la medida que se dé este reconocimiento expreso de la diversidad de culturas y de la existencia de colectivos que constituyen unidades culturales y políticas en sí mismas, estaremos fundando una relación constitucional que da cuenta de la realidad del país.

Tal como hemos señalado el reconocimiento de la *interculturalidad* está relacionado con espacios de interacción entre distintas culturales, donde el Estado no se limita a la protección de ciertas “particularidades”, sino que establece una base constitucional destinada a la construcción de diálogos que enriquezcan la construcción cultural de nuestro país.

Por otra parte, en materia de configuración estatal, nos parece que la construcción de una nueva mirada de nuestro Estado nacional, debe hacerse sobre la base de una lectura adecuada de la realidad y no sobre prejuicios o temores. En este sentido, si deseamos que nuestro acuerdo constitucional sea un espacio inclusivo de los pueblos indígenas que habitan el territorio del Estado, es importante que partamos reconociendo el carácter *plurinacional* del Estado de Chile. Este reconocimiento da cuenta de la diversidad nacional, con historias comunes, lenguas, autoridades, formas de organización y una autoidentificación que debe ser recogida por el acuerdo constitucional. Este reconocimiento en nada afecta la unidad del Estado, pero sí hace justicia a la diversidad de naciones que lo integran.

Para evitar que los fantasmas de la división o secesión se instalen en el debate, parece prudente que la redacción de la norma que reconoce esta estructura compleja vaya acompañada de la idea de un Estado unitario (no de una nación única).

En este sentido, nos parece que un posible reconocimiento debiera contemplar como mínimo los siguientes elementos:

“Chile es un Estado social y democrático, unitario, intercultural y plurinacional”.

4.2 Derecho general de igualdad y no discriminación

Un segundo aspecto que nos parece básico en una futura discusión constitucional es la consagración de una cláusula general que garantice el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, que incluya explícitamente la prohibición de tratos discriminatorios en razón de la étnia. En este sentido, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, le ha señalado al Estado chileno que:

“El artículo 1.1. de la Convención Americana proscribire la discriminación, en general, e incluye categorías prohibidas de discriminación (supra párr. 196). Tomando en cuenta los criterios desarrollados anteriormente, esta Corte deja establecido que el origen étnico de las personas es una categoría protegida por la Convención. Por ello, está proscribida por la Convención Americana cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la etnia de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su origen étnico. Ello es igualmente aplicable a que, de acuerdo al artículo 24 de dicho tratado, se proscribire una desigualdad basada en el origen étnico proveniente de la ley interna o de su aplicación”⁴⁸.

Nos parece que este tema debe ser abordado en un texto general sobre el principio de igualdad y no discriminación que debiera contemplar el texto constitucional. En este se debe dejar expresa constancia que no es posible el establecimiento de un trato diferenciado que puede consistir en preferencias y/o exclusiones, basado en la etnia de la persona o del colectivo, en la medida que dicho trato diferenciado afecte los derechos de esta persona o colectivo, sea que este sea un resultado buscado o un resultado de hecho. De esta forma, el texto constitucional consagraría un principio estructurante del sistema de derechos humanos que serviría de base para la interpretación del propio texto constitucional, así como de la normativa que se dicte dentro de dicho sistema constitucional y la ejecución de la misma por parte de las autoridades y particularmente, en la interpretación de la ley que deben efectuar los tribunales de justicia.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 206.

Además, nos parece que esta regulación debiera contemplar una **cláusula general de medidas afirmativas**⁴⁹ toda vez que estas aparecen como necesarias para avanzar en generar eficazmente condiciones de igualdad material de estas personas o colectivos. Estas medidas afirmativas, tendrían un carácter temporal y podrían establecer ciertas diferencias de trato que beneficien a estas personas o colectivos para acelerar el goce y ejercicio de sus derechos que por razones históricas y culturales no gozan actualmente. La importancia de esta cláusula en materia de pueblos indígenas es que permite la adopción de medidas materiales que permitan acelerar el proceso hacia condiciones de igualdad de los pueblos indígenas en nuestro país, atendida la condición de marginación y exclusión en que se encuentra un porcentaje importante de comunidades. Estas medidas de acción afirmativa o medidas especiales, justificarían la adopción de políticas públicas que establezcan ciertas preferencias, precisamente, fundadas en la necesidad de avanzar hacia condiciones de igualdad, sin que esto implique una violación constitucional.

En este sentido, la cláusula de igualdad y no discriminación y una específica de medidas de acción afirmativa serían un avance sustancial en un diseño constitucional que tenga un claro enfoque de derechos humanos y cuente con instrumentos que les permitan a las autoridades avanzar en la erradicación de formas de discriminación que se encuentran instaladas en nuestra realidad. En materia de derechos humanos de los pueblos indígenas es importante señalar que para el goce y ejercicio de sus derechos es necesario que las autoridades analicen cada derecho y libertad constitucional, legal o internacional, desde la situación en la que viven las comunidades y las particularidades que constituyen su “identidad cultural”.⁵⁰

⁴⁹ El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 4, numeral 1, dispone: “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”.

⁵⁰ “Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la

La propuesta sería que la redacción de esta norma contemple a los menos los siguientes elementos:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de [...] **étnia** [...]

“El Estado adoptará las medidas necesarias para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará **medidas de acción afirmativa** en favor de grupos discriminados o marginados”.

4.3 Derechos con reconocimiento explícito

En tercer lugar, nos parece que la regulación constitucional relativa a los pueblos indígenas debiera establecer algunos principios concretos que permitan un desarrollo normativo adecuado. Estos principios dicen relación con aquellos aspectos mínimos y fundamentales que deben ser parte del acuerdo constitucional para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Nos parece justificado dar un tratamiento específico a estos principios atendidas las particularidades en el goce y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, en tanto derechos de carácter colectivo y, por tanto, contruidos sobre una matriz cultural distinta de los derechos humanos de carácter individual que priman en los textos constitucionales de raíz liberal.

Nos parece que el reconocimiento vía ciertos principios es una buena alternativa, ya que fija un cierto estándar interpretativo que por una parte obliga a las autoridades estatales a tener en consideración dichos límites para la constitucionalidad de sus decisiones; y, a la vez, permite la amplitud necesaria para ir configurando los alcances concretos de dichos mandatos de optimización, a la luz de las circunstancias de hecho y configuraciones jurídicas factibles en una sociedad democrática.

Comisión y los representantes imputan al Estado”. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 51.

Nos parece que en un nuevo diseño constitucional debiera haber un tratamiento a lo menos de los siguientes temas: autonomía, tierras y territorios, participación, derechos colectivos, pluralismo jurídico y educación intercultural. Estos son elementos esenciales para desarrollar un modelo constitucional que permita la plena vigencia de los derechos de los pueblos indígenas a convivir en condiciones de igualdad dentro del Estado de Chile, permitiendo de esta manera, una efectiva vigencia del principio de interculturalidad.

El criterio rector en estas materias debiera ser el reconocimiento de aquellos derechos, expresados como principios constitucionales, que garanticen la diversidad y se aleje, por tanto, de un modelo único de vida y de entender las relaciones institucionales y culturales al interior del Estado chileno. Al estar consagrados constitucionalmente como principios servirán de base para el desarrollo normativo, administrativo y jurisdiccional de los distintos poderes del Estado. No hemos propuesto un estatuto particular para cada uno de ellos, ya que esto parece ser mejor dejarlo para la discusión legislativa que da más espacio para la adecuación a distintas realidades, sin la rigidez propia del texto constitucional.

Una propuesta de articulado en esta materia sería:

“El Estado reconoce y garantiza el ejercicio de los **derechos colectivos** de los Pueblos Indígenas, su **representación política y su participación** efectiva en las decisiones que los distintos órganos de la Administración adopten referidos a sus **derechos colectivos**. Asimismo, garantizará su derecho a la **autonomía, tierras y territorios, pluralismo jurídico y educación intercultural**”.

Otra materia relevante de resolver en materia constitucional es el establecimiento de un sistema de cuotas de representación política. Esta es una medida de acción afirmativa que busca garantizar la presencia de representantes de pueblos indígenas en los órganos legislativos. Esta es una materia que ha estado presente en la discusión constitucional reciente y hemos recogido la propuesta hecha en 2012 en el “Proyecto que modifica la Constitución Política de la República, estableciendo normas sobre la participación y la representación política de los Pueblos Indígenas.

Boletín N° 8438-07”. Nos parece un buen punto de partida para la discusión de cuotas para miembros de pueblos indígenas.

“La Cámara de Diputados está integrada por miembros elegidos en votación directa por los distritos electorales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva. A estos integrantes se sumará [número a discutir] miembros que serán elegidos por los pueblos indígenas en elecciones simultáneas a las parlamentarias. [número a discutir] de ellos será electo por el pueblo Rapa Nui; [número a discutir] por los pueblos Aymara, Quechua, Atacameño, Coya y Diaguita y [número a discutir] por el pueblo Mapuche, Kawashkar y Yámana, de conformidad a lo dispuesto en la ley orgánica constitucional respectiva.

El Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales. A estos miembros se sumarán [número a discutir] senadores que serán electos por los pueblos indígenas en elecciones simultáneas a las parlamentarias. [número a discutir] de ellos por el pueblo Rapa Nui, [número a discutir] por los pueblos Aymara, Quechua, Coya y Diaguita y [número a discutir] por el pueblo Mapuche y los pueblos Kawashkar y Yámana de conformidad a lo dispuesto en la ley orgánica constitucional respectiva. Los senadores representantes de los pueblos indígenas renovarán su mandato cada cuatro años”.

5. Conclusiones generales

Hemos podido constatar en esta investigación el enorme avance que ha habido en el ámbito constitucional comparado en la región en materias relacionadas con los derechos humanos de los pueblos indígenas. Desafortunadamente, Chile se ha ido quedando muy atrasado en estas materias y es importante aprovechar el espacio de discusión constitucional que se ha abierto en el país para avanzar en esta materia.

Una de las constataciones que ha sido posible hacer es que la discusión comparada ha superado ampliamente el tema de la mera constatación de la diversidad de las sociedades latinoamericanas, para dar paso a un debate sustantivo donde los elementos centrales están dados por el principio de interculturalidad y en materia de configuración estatal, por el de la plurinacionalidad.

Asimismo, el estudio comparado nos permite comprobar la importancia de contar con una cláusula general de no discriminación que consagre el elemento étnico como un aspecto que no puede servir de base para establecer tratos diferenciados que afecten los derechos humanos de los pueblos indígenas. En ese mismo sentido, sí se hace necesario contar con una cláusula que disponga la obligación que tiene el Estado de adoptar medidas de acción afirmativa que permitan avanzar efectivamente en la generación de condiciones de igualdad material que permitan a los pueblos indígenas de nuestro país la situación de exclusión y marginación en que vive parte importante de sus comunidades.

La experiencia comparada también nos muestra que es necesario que el diseño constitucional contemple algunos principios básicos como marco para el desarrollo normativo, administrativo y judicial en relación con los pueblos indígenas. La forma en que el diseño constitucional consagre principios como autonomía, tierras y territorios, participación, derechos colectivos, pluralismo jurídico y educación intercultural serán determinantes para su implementación y eficacia.

Las propuestas que en esta materia se han presentado en distintos momentos de nuestra historia recientes no solo no han sido aprobados, sino que ellos trasuntan una mirada parcial del tema y una persistente incapacidad de asumir la realidad de un Chile complejo y con diferencias que enriquecen el Estado. Sin dejar atrás las ideas sobre las que se ha construido la idea de una nación única y homogénea no será posible avanzar efectivamente en la garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Chile.

Las propuestas que se formulan en este estudio no tienen otro fin que servir de base a una discusión urgente y necesaria.

6. Anexos

Anexo 1: Reconocimiento constitucional en América Latina⁵¹

País	Regímenes autonómicos/ autonomía territorial	Propiedad y territorio	Educación bilingüe /intercultural	Derecho Consuetudinario/ Justicia Intercultural	Participación
Argentina	NO	SI	SI	NO	NO
Brasil	NO	SI	SI	NO	NO
Bolivia	SI	SI	SI	SI	SI
Chile	NO	NO	NO	NO	NO
Colombia	SI	SI	SI	SI	SI
Ecuador	SI	SI	SI	SI	SI
Paraguay	NO	SI	NO	NO	SI
Perú	SI	SI	SI	SI	SI
Uruguay	NO	NO	NO	NO	NO
Venezuela	NO	SI	SI	SI	SI

⁵¹ Cuadro realizado por AGUILAR, G. *op.cit.*, adecuado a los fines de este estudio.

Anexo 2: Proyectos de reforma constitucional sobre reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Chile⁵²

Número de Boletín	Año	Estado	Iniciativa	Cámara de Origen	Iniciativas propuestas
513-07	7 de enero de 1991	Archivado	Mensaje Gobierno del ex Presidente Patricio Aylwin	Cámara de Diputados	<p>Agregar inciso final al artículo 1 de la Constitución <i>“El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la nación chilena”</i>.</p> <p>Agregar un inciso al artículo 19 N°22 <i>“la ley podrá también establecer beneficios o franquicias determinadas en favor de las comunidades indígenas”</i>.</p> <p>Adicionar una nueva materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República <i>“establecer sistemas de protección jurídica y beneficios o franquicias para el desarrollo de los pueblos indígenas”</i>.</p>
2360-07	6 de julio de 1999	Primer trámite constitucional	Moción de los diputados señores Huenchumilla, Elgueta, García, Tuma, Hernández, Ojeda, Luksic, Bustos, Ceroni y Letelier.	Cámara de Diputados	<p>Agregar inciso final al artículo 1 de la Constitución <i>“El Estado reconoce a los pueblos indígenas originarios que integran la nación chilena y les garantiza el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico”</i>.</p> <p>Agregar al artículo 13 el siguiente inciso final: <i>“Habrá un Registro Electoral Indígena para los fines que la</i></p>

⁵² Fuente: Elaboración propia

				<p><i>Constitución y la ley establezcan”.</i></p> <p><i>Modificase el artículo 43 en el siguiente sentido: “10 de los 130 diputados serán elegidos por los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral Indígena, en la forma que determine la ley orgánica respectiva. Estos ciudadanos no podrán participar en la elección del resto de los diputados”.</i></p> <p><i>Agréguese la siguiente letra g) al art. 45: “g) Tres senadores elegidos por los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral Indígena, en la forma que determine la ley orgánica respectiva. Estos ciudadanos no podrán participar en la elección de los senadores a que se refiere el inciso primero y segundo de este artículo. Los senadores así elegidos tendrán los mismos derechos, obligaciones y estatuto jurídico del resto de los senadores”.</i></p> <p><i>Agréguese en el capítulo V después del art. 59, el siguiente párrafo nuevo: “Parlamento Indígena”.</i></p> <p><i>Art. 59 A “El Parlamento Indígena se compone de 30 miembros, elegidos por votación popular por los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral Indígena, en la forma y con las condiciones, requisitos, obligaciones y derechos que establezca una ley de quórum calificado. Los parlamentarios indígenas durarán 4 años en sus cargos y podrán ser reelegidos”.</i></p> <p><i>Art. 59 B “El Parlamento tendrá las siguientes atribuciones: a) Distribuir anualmente los recursos que asigne la ley de Presupuestos para la aplicación de la Ley Indígena. b) Fiscalizar los actos de los organismos públicos encargados de aplicar las políticas indígenas. c) Dictar los reglamentos e</i></p>
--	--	--	--	---

					<p><i>instrucciones para la aplicación de la política indígena que determinen las leyes, sin perjuicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. d) Dar su aprobación a la propuesta del Presidente de la República que designe el Director Nacional del máximo organismo encargado de las políticas indígenas del Estado. e) Las demás atribuciones que le encargan las leyes”.</i></p> <p>Agréguese el siguiente inciso segundo al art. 102, pasando el actual segundo a ser tercero: <i>“También deberá integrarse por miembros de los pueblos indígenas, en la forma que la propia ley lo determine”.</i></p> <p>Agréguese el siguiente inciso final al art. 107: <i>“Sin perjuicio de lo anterior, las comunas o agrupación de comunas deberán elegir un concejal más por cada 5% de habitantes indígenas que posean, en la forma, condiciones y limitaciones que esta misma ley establezca. El o los concejales serán elegidos por los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral Indígena, quienes no podrán participar en la elección de los concejales a que se refieren los incisos anteriores”.</i></p>
2534-07	6 de julio de 2000	Tramitación terminada (Ley N° 20.050 - D. Oficial 26/08/2005)	Moción de Bitar, Hamilton, Silva y Viera Gallo.	Senado	<p>Agréguese en el artículo 1° el siguiente inciso final: <i>“El Estado promoverá el respeto y desarrollo de las culturas de los pueblos indígenas y garantizará a sus integrantes la plena participación social en iguales términos que los demás sectores o grupos que conforman la Nación chilena”.</i></p> <p>Agréguese al artículo 62, como número 7° nuevo, el siguiente: <i>“Establecer beneficios o franquicias para el desarrollo de los integrantes y comunidades de los pueblos indígenas”.</i></p>

					Agréguese como inciso final al número 22° del artículo 19, el siguiente: <i>"Dicha ley podrá también establecer beneficios o franquicias a favor de los integrantes y comunidades de los pueblos indígenas"</i> .
4069-07	10 de enero de 2006	Archivado	Moción de Ascencio, Díaz, Meza, Navarro, Saffirio, Soto y Tuma.	Cámara de Diputados	Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 1º de la Constitución Política de la República: <i>"La Nación chilena es una e indivisible"</i> <i>"Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que forman parte de la Nación chilena"</i> .
5324-07 (refundido con 5522-07)	6 de septiembre de 2007	Primer trámite constitucional	Allamand, Cantero, Espina, García, Romero.	Senado	Modifícase el artículo 2º de la Constitución: <i>"La Nación chilena, una e indivisible, reconoce y valora la contribución de los pueblos indígenas originarios, definidos como grupos de culturas anteriores a la organización del Estado y a la conformación del pueblo chileno. Es deber del Estado respetar la identidad, cultura y tradiciones de sus raíces ancestrales"</i> . Añádase al último inciso del N° 2 del Art. 19, la siguiente oración final: <i>"Entre otras, no se podrán establecer diferencias arbitrarias que se funden en el origen étnico o racial de las personas"</i> .
5402-07	11 de octubre de 2007	Archivado	Aguiló, Ceroni, Encina, Enríquez-Ominami, Escobar, Farías, Leal, Monsalve, Montes y	Cámara de Diputados	Agréguese el siguiente artículo 50 bis a la Constitución Política de la República: <i>"Se asegurará a los Pueblos Indígenas que habitan el territorio chileno representación en el Congreso"</i>

			Valenzuela		<i>Nacional de acuerdo a los requisitos y condiciones que la ley orgánica respectiva establezca".</i>
5427-07	30 de octubre de 2007	Tramitación terminada (retirado).	Mensaje de la Presidenta Michelle Bachelet	Cámara de Diputados	<p>Agregase el siguiente inciso cuarto al Art. 3º: <i>"La nación chilena es multicultural. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales".</i></p> <p>Agrégase el siguiente nuevo inciso 10º al artículo 19 N° 24, pasando el actual a ser 11º en el siguiente sentido: <i>"Con todo, la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas".</i></p>
5522-07 (refundido con 5324-07)	23 de noviembre de 2007	Primer trámite constitucional	Mensaje de la Presidenta Michelle Bachelet	Senado	<p>Agregase el siguiente inciso cuarto al artículo 3: <i>"La nación chilena es multicultural. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales".</i></p> <p>Agregase el siguiente nuevo inciso 10º al artículo 19 N°24, pasando el actual a ser 11º en el siguiente sentido: <i>"Con todo, la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas".</i></p>
8438-07	11 de julio de 2012	Primer trámite Constitucional	Moción de Arenas, Auth, Chaín, Urresti, Jaramillo, Meza, Monckeberg, Teillier, Tuma y Vargas.	Cámara de Diputados	Reemplázase el Artículo 4º, por el siguiente: <i>"El Estado reconoce la existencia de los Pueblos Indígenas, descendientes y continuadores históricos de las sociedades prehispánicas que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente ejerce soberanía. Es deber del Estado garantizar la preservación de la diversidad étnico cultural de la nación, el ejercicio de la cultura y la identidad de los Pueblos Indígenas, con pleno respeto de la</i>

				<p><i>autonomía de sus miembros. El Estado reconoce y garantiza el ejercicio de los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas, su representación política y su participación efectiva en las decisiones que los distintos órganos de la Administración adopten referidos a sus derechos colectivos."</i></p> <p>Reemplázase el inciso 1° del Artículo 47 por el siguiente: <i>La Cámara de Diputados está integrada por miembros elegidos en votación directa por los distritos electorales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva. A estos integrantes se sumará diez miembros que serán elegidos por los pueblos indígenas en elecciones simultáneas a las parlamentarias. Uno de ellos será electo por el pueblo Rapa Nui; cuatro por [os pueblos Aymara, Quechua, Atacameño, Coya y Diaguita y cinco por el pueblo Mapuche, Kawashkar y Yámana, de conformidad a lo dispuesto en la ley orgánica constitucional respectiva."</i></p> <p>Agréguese el siguiente inciso segundo al Artículo 48: <i>"Para ser elegido diputado representante de los pueblos indígenas se deberá además acreditar ser parte del Pueblo Indígena que se representa según lo disponga la correspondiente ley orgánica constitucional"</i>.</p> <p>Reemplazase el inciso 1° del Artículo 49 por el siguiente: <i>"El Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales. A estos miembros se sumarán cuatro senadores que serán electos por los pueblos indígenas en elecciones simultáneas a las parlamentarias. Uno de ellos por el pueblo Rapa Nui, uno por los pueblos Aymara, Quechua, Coya y Diaguita y dos por el pueblo Mapuche y los pueblos</i></p>
--	--	--	--	--

				<p><i>Kawashkar y Yámana de conformidad a lo dispuesto en la ley orgánica constitucional respectiva. Los senadores representantes de los pueblos indígenas renovarán su mandato cada cuatro años."</i></p> <p>Agréguese el siguiente inciso segundo al artículo 50. <i>"Para ser elegido senador representante de los pueblos indígenas se deberá además acreditar ser parte del Pueblo Indígena que se representa según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva".</i></p> <p>Reemplázase el inciso final del Artículo 51: <i>"En caso de vacancia de un senador o diputado representante de los pueblos indígenas se realizará una elección complementaria."</i></p> <p>Agréguese al Artículo 113 el siguiente inciso segundo nuevo, pasando el actual, tercero y final:</p> <p><i>"En los consejos regionales se agregarán consejeros regionales representantes de los pueblos indígenas, con idénticas atribuciones a los demás consejeros. La Ley establecerá el número de cargos que corresponda a cada Región de conformidad a lo dispuesto en el Censo Indígena respectivo, el que deberá realizarse al menos cada cuatro años. Los cargos reservados para miembros de los pueblos indígenas deberán ser un diez por ciento de todos los cargos, o al menos uno."</i></p> <p>Agréguese el siguiente inciso segundo nuevo, al artículo 119, pasando a ser el actual segundo y así sucesivamente: <i>"En las comunas en que exista entre un veinticinco y un cuarenta y cinco por ciento de población indígena se agregarán un número de dos concejales supernumerarios representantes de los pueblos indígenas; en las comunas que tengan una</i></p>
--	--	--	--	---

					<i>población indígena superior a cuarenta y cinco por cierto, se aumentarán en tres concejales supernumerarios representantes de los pueblos indígenas."</i>
--	--	--	--	--	--

7. Bibliografía

- AGUILAR, G., LAFOSSE, S. y ROJAS, H. *et.al.* “The constitutional recognition of indigenous peoples in Latin America”. *Pace International Law Review Online*, Vol. 2, N°2, 2010, pp. 44-96.
- AGUADO, M. “La educación intercultural: concepto, paradigmas y realizaciones”. En: JIMENEZ, M. (Coord.). *Lecturas de Pedagogía Diferencial*. Madrid, Dykinson
- ANAYA, J. “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”. En: STAVENHAGEN, R. y CHARTERS, C. (Eds.). *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. Copenhague, IWGIA, 2010.
- APARICIO, M. “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”. En: BERRAONDO, M. (Coord.) *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao, Instituto de Derechos Humanos Universidad de Deusto, 2008.
- CÓNDOR, E. (Coord.) *Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*. La Paz: Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Comisión Andina de Juristas, 2010.
- CHUJI, M. *Diez conceptos básicos sobre plurinacionalidad e interculturalidad*. Disponible [en línea] < <http://alainet.org/active/23366> > [consulta: 29 de marzo de 2015].
- DIEZ-POLANCO, H. *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios*, 4ª edición. México, Siglo XXI editores, 2004.

- FERNÁNDEZ, J. “Aspectos constitucionales del multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas”. *Revista Pensamiento Constitucional*, Vol. 16, Nº 16, 2012, pp. 117-140.
- GONZÁLEZ, M. “Autonomías territoriales indígenas y regímenes autonómicos (desde el Estado) en América Latina”. En: GONZÁLEZ, M., BURGUETE, A. y ORTIZ, P. *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado Plurinacional en América Latina*. Quito, FLACSO, GTZ, IWGIA, CIESAS, UNICH, 2010.
- GRIJALVA, A. “Estado Plurinacional e intercultural en la Constitución Política Ecuatoriana de 2008”. *Revista Ecuador Debate*, Nº75, 2008.
- MEZA-LOPEHANDÍA, M. *Reconocimiento constitucional y derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas, con especial referencia al derecho a la consulta*. Documento de Trabajo Nº9, Observatorio Parlamentario, 2010.
- RAVEST, M. “El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en los textos constitucionales. Breve análisis del derecho comparado”. *Revista Derecho y Humanidades*, Nº17, 2011.
- TUBINO, F. “Del interculturalismo funcional al interculturalismo crítico”. En: SAMANIEGO, M. y GARBARINI, C. (Comps.). *Rostros y fronteras de la identidad*. Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2004.
- VAN COOT, L. “Latin America: Constitutional Reform and Ethnic Rights. Special Issue: Democracy and Cultural Diversity”. *Parliamentary Affairs: A Journal of Comparative Government*, Vol. 53, Nº1, pp. 41- 54.

- YRIGOYEN, R. “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”. *Revista Alpanchis: justicia comunitaria en los Andes*, Nº59-60, Vol. Nº1, 2002.
- _____ “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”. *El Otro Derecho*, Nº30, 2004.
- _____ “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*. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2011.