



Universidad De Chile  
Facultad de derecho  
Departamento Derecho Público

# **TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

CATALINA GUERRERO QUINTEROS

Profesores guía: Ana María García

Jorge Muñoz Severino

Santiago

2019

# Índice

<b>Resumen</b> .....	3
<b>Introducción</b> .....	4
<b>Capítulo I: Antecedentes Históricos:</b> .....	6
1. Modelo Colonial .....	6
2. Constitucionalismo del siglo XIX.....	11
3. Cuestión social y Cuestión Indígena .....	15
<b>Capítulo II: Instrumentos de Tutela Internacional de los Pueblos Indígenas</b> .....	20
1. Instrumentos de Tutela General:.....	20
2. Instrumentos de Tutela Particular	
2.1. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales” (1989):.....	22
2.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas (2007) .....	30
<b>Capítulo III: Derechos indígenas en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano</b>	
1. Reconocimiento Constitucional de los Derechos Indígenas: Casos de Colombia, Ecuador y Bolivia: .....	43
2. Elementos Fundamentales del reconocimiento de los Derechos Indígenas:	
a) Caracterización Pluralista del Estado. ....	46
b) Sujetos de reconocimiento: .....	48
c) Derecho Consuetudinario (Derecho Propio).....	50
d) Participación Política.....	53
e) Libre determinación .....	57
f) Tierras, territorios y recursos naturales.....	60
g) Tutela constitucional .....	63
<b>Conclusiones</b> .....	70
<b>Bibliografía</b> .....	73

## **Resumen**

La reivindicación indígena a mediados del siglo XX, permitió el florecimiento de los primeros instrumentos internacionales de tutela indígena, el primero de ellos fue el Convenio 107 de la OIT, seguido por el actual Convenio 169 de la OIT que logra la protección a la identidad cultural a través del derecho propio y el derecho a la tierra, entre otros.

Por su parte, las constituciones latinoamericanas se enmarcaron en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, plasmando en su articulado la traslación fiel a la voluntad constituyente debido “al producto de las luchas de movimientos sociales y populares,”<sup>1</sup> estableciendo mecanismos en favor de los pueblos indígenas.

Es así, que las constituciones colombiana, boliviana y ecuatoriana – éstas dos últimas encuadradas bajo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas- plasmaron en sus cartas magnas, las propuestas sociales que venían originándose, detallando los derechos individuales y colectivos “fijando estándares mínimos al respecto, concentrándose y garantizando su derecho a la diferencia y a su desarrollo económico, social y cultural.”<sup>2</sup>

Los dieciséis Estados Latinoamericanos que tienen presencia indígena contemplan algún tipo de protección constitucional, con excepción de Chile. Sin embargo, durante la última década en Chile ha logrado avanzar mediante la ratificación del Convenio 169 de la OIT en el año 2008, y a través del reconocimiento de los derechos indígenas en el nuevo proyecto de reforma constitucional.

---

<sup>1</sup>Infra, Capítulo III, pág. 40

<sup>2</sup> Infra, Capítulo III, pág. 47

# Introducción

Este texto exhibirá un bosquejo histórico con el fin de observar la protección que recibió el indígena durante (i) la colonia y su posterior conquista, (ii) “la emergencia de los Estados constitucionales surgidos del proceso de emancipación”<sup>3</sup> y (iii) la reivindicación indígena a mediados del siglo XX, que propició la decadencia del modelo Estado – Nación.

Además, se considerarán los vínculos e influencias entre el Derecho Constitucional e Internacional respecto de la tutela a los pueblos indígenas, incorporándose los avances más relevantes del ámbito internacional, tales como: (i) el Convenio 169 de la OIT y (ii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Dichos instrumentos se incorporan durante finales del siglo XX y principios del siglo XXI en las cartas fundamentales de la mayoría de los países de América Latina, con el fin de reconocer los derechos de los pueblos indígenas, especialmente dentro de las constituciones andinas que fueron pioneras en la protección de los derechos colectivos, en Colombia durante el año 1993, seguidas por las más modernas de la región, Ecuador y Bolivia.

Estas tres constituciones se analizarán a partir de 7 variables, “que a la luz de los estándares internacionales son de la máxima importancia al momento de evaluar la profundidad o densidad de las consagraciones internacionales:”<sup>4</sup> (i) caracterización pluralista del Estado, (ii) sujetos de reconocimiento, (iii) el derecho consuetudinario indígena como fuente normativa, (iv) participación política, (v) reconocimiento del derecho a la libre determinación, (vi) derechos colectivos de propiedad respecto de sus tierras, territorios y recursos naturales, y (vii) tutela constitucional.

En relación con lo anterior y teniendo en consideración que dichas variables son de relevancia internacional, las constituciones latinoamericanas que han ratificado el Convenio 169 de la OIT acatan las peticiones impuestas por esta institución con el fin de proteger el derecho indígena. Concluyendo, por lo tanto, que aquellos países como Chile deben ajustar su legislación

---

<sup>3</sup>Infra. Capítulo I. Pág.10

<sup>4</sup>The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, (2010) Análisis Comparado Del Reconocimiento Constitucional De Los Pueblos Indígenas En América Latina, Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N° 2. Sitio Web: <http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PPII.pdf>. Pag. 1

nacional luego de la ratificación del Convenio, y conocer cuáles han sido los avances en esta materia en nuestro país (Chile).

# **Capítulo I: Antecedentes Históricos:**

La partida de nuestro sistema jurídico actual viene en gran medida de las influencias europeas “establecidas en las constituciones liberales”<sup>5</sup> del siglo XIX, que pregonaban la igualdad como un principio inherente de cualquier estado liberal, sin embargo durante el siglo XV y antes del descubrimiento de América, la sociedad medieval europea se regía por la desigualdad determinada por grupos sociales, llamados estamentos “que tenían un rol que desempeñar dentro de la comunidad”<sup>6</sup> entre ellos nobles, eclesiásticos y ciudadanos, “estos pertenecían a estados diferentes porque era diversa la condición de unos y otros”<sup>7</sup>. Dicha concepción se mantuvo incluso después de “producido el descubrimiento y conquista de buena parte de las indias”<sup>8</sup> debiendo adaptarse las instituciones provenientes de Europa para lograr integrarla a la realidad americana, de esta manera “la sociedad indiana fue constituida por dos repúblicas: la de españoles y de indios, a las que se fueron agregando paulatinamente un nivel intermedio- el de los mestizos”<sup>9</sup> Esta diversidad ético- cultural primará en todo el contexto indiano.

## **1. Modelo Colonial**

Durante la conquista y la posterior colonización de América “por parte de las potencias ibéricas supuso la puesta en práctica de un experimento social consistente en la trasposición al Nuevo Continente de las estructuras sociales, políticas y jurídicas del “Ancien Regime” europeo, en un contexto ecológico y cultural completamente distinto de aquel en que ese modelo se forjó y venía desarrollándose desde mucho tiempo atrás. En concreto, los colonizadores hubieron de hacer frente al hecho transcendental de la convivencia con una serie de pueblos de historia, tradición y cultura completamente ajenas a la tradición europea.”<sup>10</sup>

El contexto histórico de dominación se llevó a cabo durante la edad media y se consideraba por regla general que los pueblos que no eran cristianos y que carecían de una

---

<sup>5</sup>Dougnac Rodríguez, Antonio. (1994). Manual de Historia del Derecho Indiano. México: Universidad Nacional Autónoma de México. pág. 313

<sup>6</sup> Ídem

<sup>7</sup> Ídem

<sup>8</sup> Ídem

<sup>9</sup> Ibidem. Pág.. 314

<sup>10</sup> Andrés Santos, Francisco, & AmezúaAmezúa, Luis. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XLI, pp.341-358. pág. 344

estructura política definida – similar a la europea- eran susceptibles de esclavitud<sup>11</sup>, ante esta posible esclavitud, Santo Tomas de Aquino propuso a quienes no practicaban la fe cristiana y cometieran delitos incluso contra la naturaleza, pudieran utilizar su propio derecho, es decir que el reino español otorgó una categoría de fuero al “Derecho Consuetudinario indígena” que podía ser aplicado salvo, si es que no iba en contra de las leyes del estado”<sup>12</sup> a esto se le llamo Ley de Gracia.

El reino español otorgó facilidades a la autorregulación jurídica de la costumbre indígena en base a los planteamientos de la Iglesia Católica que tuvo en particular atención la tutela de los derechos indígenas, “preocupándose en considerar nuestro pasado indígena, negro, hispano, auscultando el presente y previniendo el destino:

*“La iglesia al predicar la fe e impartir el bautismo al indígena, reconocía su carácter racional y humano. Procediendo así, cultivaba en él la conciencia de la propia dignidad del hombre, hijo de Dios e impulsaba al europeo al reconocimiento de esa dignidad. Por eso, la fe y el bautismo recibidos por la mayoría fueron semilla de una básica conciencia de igualdad y de la posesión de derechos comunes al blanco y al indio”<sup>13</sup>*

A pesar de la importancia a la dignidad del hombre que la iglesia otorgó a los indígenas, su forma de actuar distó mucho de lo que divulgaba, de manera que las “críticas a los aspectos más sórdidos y destructivos de la Conquista realizadas por un sector de la Iglesia católica, y la consiguiente asunción de responsabilidades por parte de la Monarquía plasmada en las llamadas Leyes de Burgos 1512 justificaron la ideología de la Conquista y Colonización por los europeos, pasando a ser la idea de la sumisión voluntaria por parte de esos pueblos a la soberanía del rey de Castilla.”<sup>14</sup>

Fue así que, durante el periodo de formación del sistema jurídico aplicado en América “la Corona Española se planteó el ordenamiento temporal y espiritual de la vida indiana. Fue una época polémica. En ella se discutió la legalidad de los títulos que tenía España para detentar la

---

<sup>11</sup>Dougnac Rodríguez, Antonio. (1994). Manual de Historia del Derecho Indiano. México: Universidad Nacional Autónoma de México. pág. 314

<sup>12</sup> González Galván, Jorge. (2012). El derecho consuetudinario indígena en México. Enero 20, 2017, de Archivos Jurídicos de la Universidad Autónoma de México Sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/195/10.pdf>, pág. 79

<sup>13</sup> Robledo, Federico Justiniano. (2002). Tutela Constitucional De Los Derechos De Nuestros Pueblos Indígenas. Ius et Praxis, 195-216. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000200007>. Pág. 200.

<sup>14</sup> Andrés Santos, Francisco, & Amezúa Amezúa, Luis. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XLI, pp.341-358. pág. 344

posesión de las tierras americanas. También se argumentó, y mucho, sobre la guerra justa y los problemas relativos a la libertad, la condición jurídica y el buen tratamiento que debía darse a los indígenas o naturales. Problemas todos éstos que se sacaron a la luz pública, se analizaron, y se discutieron en juntas que reunían a los más brillantes y combativos teólogos y juristas de la época. En cuanto al Derecho, fue ésta una etapa de “ensayo y error”. En ella se intentó ajustar el viejo derecho medieval castellano a las necesidades de la nueva, vasta y compleja realidad americana, aunque muy pronto esta realidad se presentó muy distinta a la española y, por consiguiente, difícil de ser reglada por el derecho de Castilla. Así, a golpe y porrazo, se fue formando el Derecho Indiano.”<sup>15</sup>

Este sistema jurídico fue aplicable tanto a los colonos españoles como a los indígenas americanos y se administró sin distinción de nivel cultural, lo que produjo problemas en su implementación puesto que las grandes civilizaciones prehispánicas no estaban al mismo nivel cultural que los “fueguinos del sur de Sudamérica, conceptuados entre los pueblos más primitivos del mundo”<sup>16</sup>, de hecho los Aztecas tenían su propio sistema normativo llamado “*Huehuetlatolli definido como manuscritos pictográficos con leyes y ordenanzas*”<sup>17</sup>, promulgado por el *tlataoni* que a su vez era la persona que poseía la palabra, para ello era indispensable aprender el *calmecac*- los cantos divinos- , y pese a la distinción cultural y normativa de los diversos pueblos americanos, fueron tratados todos como incapaces relativos.

A pesar de lo relativo de su capacidad, el derecho indiano logra dar algún estatus legal a la condición de indígena, pero siempre vista desde la subordinación al modelo occidental, siendo parte del “proyecto de ocupación y sometimiento de las naciones originarias en el siglo XVI. Tal se implementa a través de la ocupación político- militar de los pueblos pre-colombinos diferenciada por las rutas históricas de cada pueblo” <sup>18</sup> como también por la dificultad del Derecho Indiano en su aplicación práctica debido a las diferencias culturales de unos y otros pueblos; en este sentido la investigadora Raquel Yrigoyen distingue 3 modelos socio- culturales; (i) Naciones indígenas

---

<sup>15</sup> Bernal Gómez, Beatriz. (2015). El derecho indiano, concepto, clasificación y características. Ciencia Jurídica, Vol. 4, Nº. 1, pp. 183-193, pág. 3

<sup>16</sup> Ídem

<sup>17</sup> González Galván, Jorge. (2012). El derecho consuetudinario indígena en México. Enero 20, 2017, de Archivos Jurídicos de la Universidad Autónoma de México Sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/195/10.pdf> pág.77

<sup>18</sup> Berraondo, Mikel (coordinador). (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos pp. 537-567. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos. pág. 540

colonizadas en el s.XVI, (ii) Naciones Indígenas no sometidas con las que la corona firmó tratados y (iii) Naciones Indígenas no colonizadas a donde la Corona enviaba misioneros.

- a) Las naciones indígenas colonizadas, fueron aquellas que se encontraban ocupadas por grandes civilizaciones antes de la llegada del hombre blanco a América, es el caso de Perú y México que fueron conquistadas utilizando el “Derecho Indiano que establecía como medio de acción un régimen de separación física y diferenciación legal que se implementó desde el siglo XVI hasta los inicios del XIX. Los indígenas fueron reducidos en pueblos de indios y sujetos a cargas coloniales (tributo, trabajo forzoso, penas especiales); bajo régimen legal diferenciado. La Corona establecía protección de sus tierras, frente a los colonos. Dentro de los pueblos de indios regía un sistema de gobierno indirecto, dado que el Derecho Indiano permitía la existencia de autoridades indígenas (curacas y alcaldes), y pluralismo legal subordinado- en tanto no contradijeran la religión o las leyes.-. Según las Leyes de Indias, los alcaldes de pueblos de indios, así como los curacas o caciques tenían jurisdicción civil y criminal, pero sólo para pleitos entre *indios* en casos que no ameritaba pena grave. Los casos graves pasaban al corregidor español y las audiencias entonces era en esos momentos cuando se aplicaba el régimen diferenciado bajo las reglas del Derecho Castellano medieval correspondientes a los rústicos, miserables y menores.”<sup>19</sup>
- b) A su vez, los pueblos no sometidos con los que la corona firmó tratados mantuvo una ruta histórica diferente, ya que “entre el s.XVII y fines del XVIII, mientras los otros pueblos del núcleo colonial eran reducidos y sufrían cargas coloniales, los no conquistados firmaron tratados o parlamentos con la Corona, aunque siempre mantuvieron una relación tensa”<sup>20</sup> en las fronteras de ambas sociedades. Este fue el caso Chileno durante el periodo colonial, que incluso perduró bien entrados los años de independencia.
- c) Por otro lado, las naciones no colonizadas a donde la Corona envió misioneros son los casos de las regiones de la Amazonia, el Orinoco y la Guajira. “En el s.XVI los españoles enviaron misioneros dado que no era efectivo el envío de conquistadores, pues los

---

<sup>19</sup> Ídem

<sup>20</sup> Ibidem. Pág. 5

indígenas se internaban selva adentro. En los espacios autonómicos indígenas controlados por los católicos había una suerte de pluralismo jurídico subordinado en tanto se permitía un cierto nivel de autoridad indígena y la vigencia de alguna de sus normas y costumbres, mientras fueran acordes con el modelo misionero.<sup>21</sup>

Los factores comunes de estos tres modelos de sometimiento indígena, consiste en el reconocimiento parcelado de su propia identidad por haber estado subordinada siempre dentro del “marco protector de la tutela de la Monarquía Hispánica.”<sup>22</sup> En consecuencia, se concibió la existencia en el seno de un mismo espacio político de dos comunidades jurídicas y culturalmente diferentes, la “república de los españoles y la “república de los indios”, dotadas de diferentes estructuras organizativas y solo unidas por la común sujeción a un soberano distante. Esto venía facilitado por el hecho de que la monarquía había establecido que solo se observasen en las Indias las Leyes de Castillas, pero el propio Derecho Castellano admitía que sobre las leyes prevalecieran las costumbres, que en el contexto americano cabía perfectamente que fueran las indígenas siempre y cuando, claro está, que tales costumbres no atentasen contra la religión cristiana y estuvieran sujetas a la gracia del monarca.”<sup>23</sup>

En Chile durante el sometimiento del siglo XV y XVI, los pueblos no conquistados por los incas ni los españoles fueron aquellos que se encontraban al sur, entre ellos los mapuches pehuenches, renqueles y otros, en definitiva, aquellos que se encontraban entre Chile y Argentina. Durante los siglos XVI y XVIII la resistencia desembocó “en la formación de una zona fronteriza más o menos estable a lo largo del río Biobío. Frente al éxito militar indígena, las autoridades coloniales implementaron entonces una nueva política de sujeción. La misión y el parlamento, que llegaron a ser los pilares de la nueva política colonial en tierras australes, esas dos instituciones tenían como meta vigilar y “civilizar” a los indígenas a través de la inculcación de la “verdadera cultura y religión” así como de una implementación de una norma jurídica común”<sup>24</sup> generando en ocasiones “conflicto en las fronteras de núcleos coloniales establecidos con pueblos no

---

<sup>21</sup> Ibidem. Pág. 7

<sup>22</sup> Andrés Santos, Francisco, & AmezúaAmezúa, Luis. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XLI, pp.341-358. pág. 344

<sup>23</sup> Ibidem. Pág. 345

<sup>24</sup> Boccara, Guillaume, & Seguel-Boccara, Ingrid. (1999). Políticas Indígenas en Chile (Siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo (el caso mapuche). Revistas de Indias, Vol. LIX, pp. 742-774. pág. 742

sometidos”<sup>25</sup>,pero dotando a las partes de autonomía suficiente para el mantenimiento de la paz en la región. Es en este panorama particularmente favorable a los indígenas no sometidos donde surgen los pasos independentistas dentro de la región.

## **2. Constitucionalismo del siglo XIX**

Como afirmamos en el punto anterior, los criterios sociales americanos fueron tomados en consideración hasta cierto punto, siempre y claro está no interfirieran con el modelo español. Y semejante situación se vivió en la construcción del constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX, “que dedicó poca atención a los derechos de los pueblos indígenas. La creación de los Estados-nación en la antigua América española, implantó los criterios estatales, sin tomar en cuenta en muchos casos, las realidades particulares preexistentes.”<sup>26</sup>

“La emergencia de los Estados constitucionales surgidos del proceso de emancipación iberoamericana a inicios del siglo XIX hubo de enfrentarse a este problema. Las constituciones trataron de importar modelos europeos adoptados a partir de una síntesis entre la tradición hispánica del Antiguo Régimen y los nuevos aires de liberalismo ilustrado.”<sup>27</sup>Que resultó ser el traspaso de los ideales de la revolución francesa a las naciones recién constituidas en América que tuvo una suerte de integración forzada a las constituciones resultantes del mundo mestizo, “en tanto conjunto de individuos y no de pueblos, desconociéndose el supuesto derecho a la autodeterminación es decir, se trataba de consagrar la ficción de que estos pueblos se integraban en condiciones de estricta igualdad en una comunidad política unitaria dominada, de hecho, social e ideológicamente por un solo sector de la población, la minoría criolla.”<sup>28</sup>

Las Constituciones latinoamericanas surgidas de los procesos independentistas siguen de cerca el modelo europeo liberal surgido post revolución francesa, caracterizada “por el establecimiento del sistema institucional democrático y garantías liberales de corte estrictamente

---

<sup>25</sup> Berraondo, Mikel (coordinador). (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, pp. 537-567. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos. pág. 544

<sup>26</sup>Cujabante, Ximena. (2012). Los pueblos Indígenas en el Marco del Constitucionalismo Latinoamericano. *Revista Análisis Internacional*, vol.5, pp. 209-230. Pág. 211

<sup>27</sup> Andrés Santos, Francisco, & Amezúa Amezúa, Luis. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLI, pp.341-358. pág.346

<sup>28</sup> Ídem.

individualista.”<sup>29</sup> “Para el liberalismo, los derechos individuales, universales e incondicionales son por tanto no atribuibles, en particular, a algunos grupos con exclusión de otros”<sup>30</sup>, lo que significó que “Estados surgidos de la descomposición de los Imperios ibéricos vinieron a configurarse conforme al modelo vetteliano de Estado Postwestfalliano, esto es, un concepto en virtud del cual, el único sujeto de las relaciones de poder supraindividuales es el Estado, identificado además con la Nación como términos perfectamente intercambiables”<sup>31</sup>, en otras palabras, la dicotomía Estado- Nación es unívoca, y por lo tanto sólo se configura en la medida que el Estado reconoce la identidad de una única Nación, desconociéndose las realidades intermedias, vale decir que “no se concibe la idea de que puedan existir naciones diversas en el interior de un Estado, por la sencilla razón de que entre Estado y Nación debe haber una única correspondencia.”<sup>32</sup>

Lo que conllevó a la aceleración de un sólo sistema legal en base a la igualdad de todos ante una misma legislación común, denominado “Monismo jurídico”, “donde se pregona la conversión de indios en ciudadanos iguales ante la ley”<sup>33</sup>, en otras palabras, “el constitucionalismo liberal buscó desaparecer los elementos de cohesión colectiva, y de reproducción material, política y cultural de los pueblos indígenas, y así prevenir posibles levantamientos. Bajo la ideología de Estado-Nación y el monismo legal, las constituciones sancionan un solo idioma, cultura, religión y ley para todos los ciudadanos, buscando la asimilación de los indígenas a dicho patrón general. Quedando proscritos el fuero, autoridades y normas indígenas, así como sus idiomas y culturas.”<sup>34</sup>

En definitiva, el constitucionalismo del siglo XIX tenía “un programa colonial en toda línea dirigido a la transformación de la mayoría por la minoría en virtud de una pretensión supremacista de esta sobre aquella, en nombre de una presunta superioridad civilizatoria: nada muy distinto, por tanto, del modelo vitoriano de la Monarquía hispánica”<sup>35</sup>, “ se trata, por tanto, de la

---

<sup>29</sup> Berraondo, Mikel (coordinador). (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, pp. 537-567. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos, pág. 546

<sup>30</sup> Gargarella, Roberto. (2013). *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción*. Onteaiken, Vol. n°15, pp. 22-32. Pág. 24.

<sup>31</sup> Andrés Santos, Francisco, & Amezúa Amezúa, Luis. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLI, pp.341-358. pág. 346

<sup>32</sup> *Ibidem*. Pág. 347

<sup>33</sup> Berraondo, Mikel (coordinador). (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, pp. 537-567. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos. pág.547

<sup>34</sup> *Ídem*.

<sup>35</sup> Andrés Santos, Francisco, & Amezúa Amezúa, Luis. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLI, pp.341-358. pág.351

imposición de prejuicios supremacistas de la parte constituyente, que no es la indígena, y que permite su fácil extensión a colectividades enteras aún con la formulación individualista propia del lenguaje del primer constitucionalismo liberal”<sup>36</sup>

Es así, como se dan “tres modalidades de sometimiento indígena en el marco del constitucionalismo liberal:”<sup>37</sup>

- a) El Modelo segregacionista colonial de tutela federal de las naciones domésticas; en él, “el modelo constitucional de los indígenas aparece ya con la constitución de los Estados Unidos, destinadas a la domesticación de las naciones indias no sometidas”<sup>38</sup> a través de la suscripción de tratados, “como los que firmaban con naciones extranjeras”<sup>39</sup>, lo que caracteriza este modelo es el “uso de guerra, la reducción física y subordinación política, con regímenes diferenciado, establecimiento de territorios sin soberanía estadual, pluralismo jurídico subordinado y limitado, y suspensión constitucional de ciudadanía para los indígenas no tributarios.”<sup>40</sup>
- b) La segunda modalidad obedece al modelo liberal- asimilacionista, “diseñado por la primera constitución de la Hispanoamérica Independiente, la Constitución de Venezuela de 1811. Este modelo se dirige a los indígenas ya sometidos y reducidos en pueblos de indios durante la era colonial. Busca dar fin al régimen diferenciado y al remanente de autoridad colectiva indígena que el sistema de gobierno indirecto y pluralismo subordinado de la colonia permitían. En el marco de la ideología individualista liberal los estados republicanos proscriben las comunidades indígenas y toda forma corporativa. La otra cara de la moneda es el levantamiento de las protecciones colectivas que existían en la era colonial que protegían a los indígenas frente al avance de los criollos, como la inalienabilidad de las tierras colectivas indígenas.”<sup>41</sup> En consecuencia, lo que la Corona española había resguardado como

---

<sup>36</sup> *Ibidem*. Pág. 352

<sup>37</sup> Berraondo, Mikel (coordinador). (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, pp. 537-567. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos, pág.10

<sup>38</sup> *Ídem*

<sup>39</sup> *Ídem*

<sup>40</sup> *Ídem*

<sup>41</sup> *Ibidem*. Pág. 11

dignidad de los infieles, claramente hasta cierto punto, en la época constitucional de las nacientes repúblicas fue explícita su erradicación.

Ejemplo de ello fue el caso mexicano con su Constitución Federal de 1824 que postulaba que diversos Estados fueran “aprobando sus propias Constituciones de nivel estatal, en todas las cuales la minoría criolla se organizó para evitar que la mayoría indígena cobrara poder sobre su propio terreno. Tanto los Estados como la Federación mantuvieron una concepción incluyente de la ciudadanía, es decir, una ciudadanía común de criollos e indígenas, única e indivisible. En ningún caso se admitió la constitución formal como Estado federado de ningún pueblo indígena, la respuesta ante el caso hipotético era la guerra, reputada unilateralmente como legítima.”<sup>42</sup>

- c) El tercer y último modelo es el constitucional misionero-civilizador, que “se desprende de las constituciones de Nueva granada (Colombia) de 1811 y de Cádiz de 1812, todavía bajo esquema monárquico, contiene un programa Misionero- Civilizador de conversión y civilización de infieles/incivilizados, bajo tutela eclesial o estatal. Este modelo está destinado al sometimiento de las naciones indígenas aún no colonizadas, buscando la sedentarización de las mismas en misiones o reducciones. Con ello, los nuevos estados buscan ganar territorio para ampliar la frontera agrícola interna con la presencia de colonos, y asegurar la frontera externa. Su objetivo explícito no es el mantener a los indígenas segregados, sino de civilizarlos, a fin de que posteriormente se sometan a la ley general.”<sup>43</sup>

Este es el caso de nuestro país, a pesar que se confunden entre los diversos modelos por los distintos medios empleados a la hora de civilizar, “entre ellos la evangelización, parlamentos y colonización poblacional, no se diferencian mucho de los usados por las autoridades hispano criollas del siglo XVIII”<sup>44</sup>, después de todo en 1850 se buscó en Chile la sedentarización y reducción de los pueblos a través de la intromisión del aparato estatal ya que “una vez concluida la mal llamada pacificación de la Araucanía y asegurada la derrota militar de los Mapuches (1883), el

---

<sup>42</sup> Andrés Santos, Francisco, & Amezúa Amezúa, Luis. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XLI, pp.341-358. pág.351

<sup>43</sup> Berraondo, Mikel (coordinador). (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos pp. 537-567. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos. Pág. 547

<sup>44</sup> Boccara, Guillaume, & Seguel-Boccara, Ingrid. (1999). Políticas Indígenas en Chile (Siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo (el caso mapuche). Revista de Indias, vol. LIX, 742-774. pág. 742

Estado se aplicó a la radicación de los indígenas. Entre 1884 y 1927, se entregaron a títulos de merced a los longko (caciques) y se procedió a la delimitación de reducciones o reservas.”<sup>45</sup>

“Como puede verse, hay una sustancial continuidad con la lógica colonial en el momento constitucional, atribuyéndose una parte de la nueva ciudadanía (la no indígena) el poder de definir los derechos correspondientes de un modo que al mismo tiempo los concede a la otra parte, por su evidente humanidad, pero a la vez se los sustrae, por su presunta barbarie.”<sup>46</sup>

Y a lo largo del transcurso del siglo XIX, América Latina “fue un campo de ensayo para la adopción progresiva de los principios del constitucionalismo moderno”<sup>47</sup> generando que la “mayoría de las Constituciones latinoamericanas sirvieran durante un buen tiempo para que los estudiosos del tema probaran la existencia de un constitucionalismo poco útil, reiterado y reiterativo y como ejemplo de un mal funcionamiento constitucional”<sup>48</sup>, sucumbiendo ante los problemas internos, al no responder ante un verdadero dilema social que no existía en el extranjero, “las elites preferían una adaptación de mecanismos constitucionales que habían sido pensados para países y sociedades con realidades diferentes”, provocando una crisis dentro de las concepciones monolíticas de la ciudadanía, abriéndose paso a un nuevo paradigma.

### **3. Cuestión social y Cuestión Indígena**

Ya a partir de la “segunda mitad del siglo XIX y primera mitad del siglo XX el modelo vetteliano de Estado y esta concepción monolítica de la ciudadanía fue entrando en crisis a nivel mundial, abriéndose paso un nuevo paradigma constitucional”<sup>49</sup> llamado cuestión social. El ingreso de la cuestión social al constitucionalismo había planteado preguntas relevantes sobre los modos en que pensar la relación entre Derecho y cambio social<sup>50</sup>. En efecto, “con la emergencia del constitucionalismo social en Latinoamérica se introducen los Derechos sociales y colectivos, que

---

<sup>45</sup>Ibíd. Pág. 743

<sup>46</sup> Andrés Santos, Francisco, & Amezúa Amezúa, Luis. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XLI, pp.341-358 pág. 349

<sup>47</sup>Cujabante, Ximena. (2012). Los pueblos Indígenas en el Marco del Constitucionalismo Latinoamericano. Revista Análisis Internacional, vol.5, pp. 209-230. Pág. 212

<sup>48</sup> Ídem

<sup>49</sup> Andrés Santos, Francisco, & Amezúa Amezúa, Luis. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XLI, pp.341-358 pág. 352

<sup>50</sup> Gargarella, Roberto. (2013). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción. Oteaiken, Vol.n°15, pp 22-32. Pág. 22

cuestionan las limitaciones al modelo liberal precedente. Ello, por lo menos tiene tres implicaciones. (i) A diferencia del carácter fundamentalmente abstencionista que el modelo liberal clásico diseñaba como papel del Estado, los derechos de carácter social – como los relacionados al trabajo, la educación, la salud, la vivienda, las prestaciones sociales- obligan al Estado a formas de intervención en la vida económica y social, incluyendo políticas públicas proactivas, así como el establecimiento de limitaciones a la libertad contractual y al derecho de propiedad, asignando a este una función social. (ii) A diferencia de la interpretación liberal formal del principio de igualdad ante la ley, el constitucionalismo social asume una interpretación sustantiva del derecho a la igualdad teniendo en cuenta las condiciones materiales para que la misma se haga efectiva, por lo que asume un papel protector o tutelar de sectores o grupos vulnerables- trabajadores, campesinos, madres- lo que posibilita el desarrollo de normas tutelares de carácter especial o diferenciado. (iii) Superando la proscripción de sujetos corporativos que, hacia el constitucionalismo liberal individualista, la introducción de derechos colectivos supone el reconocimiento y protección de entes colectivos- como sindicatos, cooperativas, comunidades, y no sólo del individuo.”<sup>51</sup>

En definitiva, la cuestión social de la primera mitad del siglo XX fue una antesala para las reformas constitucionales de la segunda oleada de finales del siglo enmarcadas en la cuestión indígena. Y es así “como la inclusión de los derechos sociales del constitucionalismo de fusión o liberal-conservador del siglo XX hizo lugar a la cuestión social propuesta en el siglo anterior, ahora, el constitucionalismo de mezcla de finales del siglo XX, retomó la cuestión indígena abandonada.”<sup>52</sup>

Y es que la cuestión indígena llegó para plantear temas aún más extremos, sobre todo aquellos relacionados “con los fundamentos mismos del Estado-Nación. En efecto, mientras que la cuestión social había exigido nuevas reflexiones vinculadas de cómo integrar a los marginados social y económicamente, la cuestión indígena requería, si es que podían convivir en un mismo territorio- y en todo caso como- ordenes jurídicos y sistemas culturales diferentes, muchas veces en tensión entre sí.”<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Berraondo, Mikel (coordinador). (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos pp. 537-567. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos. Pág. 550

<sup>52</sup>Gargarella, Roberto. (2013). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción. *Onteiaiken*, Vol. n°15, pp 22-32. Pág. 22

<sup>53</sup> *Ibidem*. Pág. 25

La cuestión social tuvo repercusiones constitucionales mundiales, advirtiendo antecedentes en la revolución francesa y luego en la crisis social producto de la revolución industrial, donde la masa proletaria tuvo que manifestar su molestia frente a los abusos y maltratos. Mientras que “la cuestión indígena no reconocía antecedentes relevantes dentro de las corrientes principales del constitucionalismo. Por supuesto, había una tradición de luchas y movilizaciones indígenas, pero no una que fuera interna a la vida del constitucionalismo.”<sup>54</sup>

Como ya mencionamos, el constitucionalismo social accionó la antesala del “reconocimiento legal del sujeto colectivo indígena otorgándoles derechos específicos o especiales de carácter protector y el desarrollo de políticas proactivas o intervencionistas del Estado. En favor de los derechos sociales de la población indígena. Este es el contexto de aparición del indigenismo integracionista.”<sup>55</sup>

Este concepto fue un proyecto político que buscó “superar la negación del indígena del modelo asimilacionista y reconoce ciertas especificidades indígenas con el objetivo político de integrar a los indígenas al estado y el mercado”<sup>56</sup> dicho modelo se extendió hasta finales del siglo XX enmarcado siempre dentro del paternalismo estatal.

El problema indígena se define en base al indigenismo integracionista como un “asunto de marginalidad socio- económica producida por la concentración de la tierra por la oligarquía, la servidumbre indígena y la falta de desarrollo agrícola, a su vez reconoce derechos indígenas específico que dan paso a nuevas políticas públicas,”<sup>57</sup> entre ellos y el más importante, es el reconocimiento explícito a los entes colectivos, y con ello se distancia del paradigma individualista del siglo anterior. Ahora, “si bien el pensamiento jurídico constitucional admite entidades y derechos colectivos, superando el liberalismo individualista decimonónico, no hace concesiones respecto de la identidad Estado-Derecho. Al contrario, el Estado social supone un reforzamiento de la presencia estatal y el indigenismo permite la regulación estatal del mundo indígena. La misma fisura intra sistémica que permite el pensamiento jurídico monista es la aceptación de costumbres indígenas, pero no el derecho indígena como tal, o el pluralismo legal.”<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> Ídem

<sup>55</sup> Berraondo, Mikel (coordinador). (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, pp. 537-567. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos. Pág. 550

<sup>56</sup> Ídem

<sup>57</sup> Ídem

<sup>58</sup> Ibídem. Pág. 15

Y esta afirmación es de vital importancia, puesto que durante la segunda mitad del siglo XX las constituciones latinoamericanas dieron paso a la integración del problema indígena en sus cartas fundamentales, pero “sólo se concede espacio al Derecho indígena sustantivo- las costumbres- pero no a la capacidad de ejecución jurisdiccional del mismo.”<sup>59</sup>

Pese a los planteamientos esgrimidos por la doctrina en contra del reconocimiento constitucional de la presencia indígena, “lejos de perder finalmente terreno, ha venido a recibir un impulso relativamente generalizado durante los últimos años a lo ancho de América Latina”<sup>60</sup> producto de las riñas sociales y su constante lucha social, hemos observado ciertas características comunes de los pueblos indígenas de la región entre ellos; (i) son en su gran mayoría campesinos que dependen de manera heterogénea de la tierra, (ii) aparecen los más bajos puntajes en todos los indicadores tradicionales que miden el bienestar social, por ejemplo, la pobreza es su rasgo dominante y se da en extremo aguda y generalizada, (iii) el conjunto de la población indígena, es objeto permanente y surtidas formas de discriminación social y racial, de rechazo o desconocimiento de su condición humana, con toda la carga de consecuencias políticas, sociales y culturales que acompañan tales manifestaciones, y (iv) su creciente toma de conciencia de los pueblos aborígenes sobre su estado y, paralelamente sobre su organización, que es la articulación de reivindicaciones y derechos.”<sup>61</sup>

Y no fue hasta finales del siglo XX “que se producen cambios importantes que permiten la emergencia del Horizonte pluralista. La transición se da con las constituciones de Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988) que empiezan a reconocer la conformación multicultural de la nación o el Estado, el derecho a la identidad cultural y nuevos derechos indígenas.”<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Andrés Santos, Francisco, & Amezúa Amezúa, Luis. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XLI, pp.341-358. pág. 355

En este sentido los autores Luis Carlos Amezúa y Francisco Santos nos ilustran sobre la aceptabilidad del derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas “como un verdadero derecho de carácter colectivo que debe dar lugar a un nuevo modelo constitucional con exigencias multiculturales” y responden con dos graves objeciones, la primera; “lesionaría gravemente el principio de igualdad, y por lo tanto la consideración diferenciada de los individuos en función de su adscripción a una u otra comunidad cultural lo que conlleva la existencia de diferentes esferas de libertad para los distintos miembros del grupo en función de su pertenencia, la segunda; ese planteamiento supone la supeditación de las mayorías a los criterios de las minorías”.

<sup>60</sup> Clavero, Bartolomé. (1994). Derecho Indígena y cultura constitucional en América. México: Siglo XXI. Pág 49.

<sup>61</sup> *Ibidem*. Pág. 214

<sup>62</sup> Berraondo, Mikel (coordinador). (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos pp. 537-567. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos. Pág. 555

Recordemos que a finales del siglo XIX Chile mantenía una “política de radicación y reducción indígena que terminó hacia la segunda década del siglo XX.”<sup>63</sup> Y de manera radical, puesto que se “impulsó entonces la división de las comunidades indígenas con el fin de integrar definitivamente al Mapuche en la sociedad nacional chilena. El desarrollo económico, la educación, la capacidad y libertad contractual del indígena sobre su hijuela, constituyeron las herramientas de una nueva política que tuviera como meta civilizar definitivamente a los indígenas. Fue el inicio de una política que busca, a través de la desorganización de las estructuras políticas y sociales autóctonas y vía la penetración de la lógica del libre mercado en las comunidades, una solución definitiva al problema indígena.”<sup>64</sup>

A dicha política se le denominó “termination policy” que “conoció una pausa durante el gobierno de la Unidad Popular. Entre 1970 y 1973, vía la reforma agraria, la toma de terreno y la promulgación de una nueva ley indígena, cerca de 100.000 hectáreas fueron traspasadas a comunidades. Se crearon cooperativas indígenas, se intentó promover el desarrollo económico, social y cultural y se buscó el fortalecimiento de la comunidad”<sup>65</sup>, sin embargo, con el golpe de Estado de septiembre de 1973 y la implementación de una política económica neoliberal marco una clara involución en el reconocimiento de los derechos autóctonos. Fue el periodo de liquidación de las comunidades legalmente, los indígenas desaparecieron del territorio nacional.”<sup>66</sup>

“El último momento empieza en 1989 con la firma de un acuerdo entre las organizaciones mapuches y la concertación de partidos por la democracia. Pareciera iniciarse entonces una nueva época en las relaciones entre el Estado y los pueblos autóctonos. Sin embargo, la promulgación de una nueva ley que reconoce y valora la diversidad cultural, la creación de la CONADI (Corporación Nacional del Desarrollo Indígena) como organismo intermediario entre el Estado y las etnias, no siempre satisfacen las demandas indígenas.”<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Ibidem. Pág. 543

<sup>64</sup>Boccarda, Guillaume, & Seguel-Boccarda, Ingrid. (1999). Políticas Indígenas en Chile (Siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo (el caso mapuche). Revista de Indias, vol. LIX, 742-774. pág. 743

<sup>65</sup> Ídem

<sup>66</sup> Ibidem. Pág. 744

<sup>67</sup> Ídem

# Capítulo II: Instrumentos de Tutela Internacional de los Pueblos Indígenas

## 1. Instrumentos de Tutela General:

Los instrumentos internacionales de tutela de los Derechos Indígenas dan un marco normativo para el progresivo desarrollo de las normas constitucionales e infra constitucionales de cada Estado, es por ello que parece necesario mencionar los principales tratados y su nacimiento.

De acuerdo a lo visto en el capítulo anterior, la cuestión indígena comienza rápidamente a tomar poder desde la segunda mitad del siglo XX a través de las luchas sociales por la conquista de sus derechos, plasmada en las demandas “que se han dirigido desde hace muchos años a las Naciones Unidas solicitando un reconocimiento.”<sup>68</sup>

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, si bien no es una fuente directa de protección a favor de los derechos de los pueblos indígenas si funciona como marco y tutela indirecta. La Declaración ordena el sistema de convivencia internacional, y por ello no se refiere a derechos específicos de sectores determinados de la sociedad como los pueblos indígenas, sino que su mandato es general, así lo manifiesta su preámbulo:

*“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;”*<sup>69</sup>

Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no responderían de manera satisfactoria a las demandas de los Pueblos indígenas, principalmente por el contexto ideológico que marcó a los Derechos Civiles y Políticos, y a los Económicos, Sociales y Culturales, al determinar como principio inherente la libertad del individuo y la igualdad en la condición humana

---

<sup>68</sup> Bengoa, José. (2000). La emergencia indígena en América Latina. Santiago, Chile: Fondo de Cultura Económica. pág. 258.

<sup>69</sup> Preámbulo, Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos, United Nations.

y por lo tanto, la equidad en su dignidad, provocando en la práctica una concentración de derechos en los individuos, impidiendo así distinciones colectivas lo suficientemente autónomas, otorgándole activismo al Estado generando paradigmas de dominación durante los siglos XIX y mediados del siglo XX.

El rol del Estado estuvo influido por los Derechos Civiles y Políticos de manera que garantizó los derechos individuales, sin embargo, durante el segundo periodo, el Estado tuvo un rol activo, redistribuidor y regulador de políticas públicas, no obstante, estas características condicionaron el etnocidio cultural a través de políticas integracionistas a través de la denominación de la población indígena en una categoría de clase.<sup>70</sup>

En opinión de José Bengoa, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos por los Derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, no tomaron en consideración el concepto de pueblos indígenas o simplemente indígena, debido a que no existiría una vinculación directa a sectores determinados de la sociedad, y a su vez, debido a la dificultad conceptual de utilizar la palabra pueblo<sup>71</sup>. Aun así, es evidente que los Pactos y el conjunto de la carta de los Derechos Humanos es la base para la elaboración de los Derechos Indígenas, los que eran visualizados en ese tiempo, década del cuarenta del siglo veinte, como problemas de minorías étnicas.<sup>72</sup>

Haciendo referencia al concepto de Pueblos Indígenas, deberemos tener en consideración lo siguiente: (i) los indígenas son comprendidos en el pacto de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos bajo el concepto genérico de minoría étnica; (ii) los derechos se refieren, en primer lugar y ante todo, a las personas que pertenecen a esas minorías étnicas; esos derechos los ejercen en conjunto con los demás miembros de su grupo, cuestión que aparece de manera consustancial al derecho personal o individual.<sup>73</sup>

Ahora bien, el estudio de la antropología jurídica ha determinado que la mención de minoría étnica no parece ser la más adecuada, “el concepto de etnia tiende a aplicarse a comunidades de cultura no necesariamente ligadas a un territorio, tampoco incluye la voluntad de constituirse en nación. Es así que la pertenencia a una etnia puede darse en individuos o grupos

---

<sup>70</sup> Castro, Milka, “Cátedra Derecho Indígena”, Apuntes de Clases Universidad de Chile.

<sup>71</sup> Bengoa, José. (2000). La emergencia indígena en América Latina. Santiago, Chile: Fondo de Cultura Económica. pág. 258

<sup>72</sup> *Ibidem*. Pág. 259

<sup>73</sup> *Ídem*

pequeños de inmigrantes en grandes ciudades que han perdido relación con su territorio de origen y no reivindican una nacionalidad propia.”<sup>74</sup> Así pues, los eruditos han propuesto el concepto “pueblo” que si bien, sería un término vago que lo mismo podría aplicarse a un clan, a una tribu, a una etnia, a una nacionalidad o a un Estado-Nación, en el derecho internacional actual ha adquirido especial importancia por aparecer ligado al Derecho de Autodeterminación. Incorporando mención expresa de un sujeto colectivo.<sup>75</sup> Por su parte, la Teoría General del Estado asocia el concepto pueblo al termino soberanía, que de acuerdo a su evolución historia demuestra que esta significó la negación de toda subordinación o limitación del Estado. <sup>76</sup>

En resumidas cuentas, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, “reconoce en su art. 27 el derecho a las personas pertenecientes a minorías étnicas “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma, sin embargo el indigenismo ha criticado fuertemente el contenido de esta norma por poseer un marcado sesgo individualista: no se reconocen los derechos de las minorías como tales, sino por el contrario, el artículo se refiere exclusivamente a las personas que pertenezcan a dichas minorías.”<sup>77</sup>

En definitiva, estos instrumentos de tutela general suministrarían el sustento para que los movimientos sociales pudieran cuestionar la falta de protección efectiva hacia los Pueblos Indígenas. Por esta razón, utilizando los fundamentos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos Civiles y políticos, sociales, culturales y económicos, nace el Convenio 169 de Organización Internacional del Trabajo – de ahora en adelante OIT - que manifestaría por primera vez un resguardo formal en el tema.

## **2. Instrumentos de Tutela Particular:**

### **2.1 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989):**

El Convenio 169 de la OIT, es sin duda el primer avance relevante en la tutela de los Derechos Indígenas en el ámbito internacional, “la OIT se interesó por los pueblos indígenas y tribales

---

<sup>74</sup> Villoro, Luis. (1999). Estado plural, pluralidad de culturas. México: Universidad Autónoma de México. Pág. 14

<sup>75</sup> Ídem pág. 15

<sup>76</sup> Jellinek, G. (1943), Teoría General del Estado, Argentina. Editorial Albatros. Pág. 387

<sup>77</sup> Klot, Sofía. (2004). El constitucionalismo latinoamericano y la protección de los Derechos Indígenas. Enero 20, 2017, de Universidad de Montevideo Sitio web: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Klot-El-constitucionalismo-latinoamericano-y-la-proteccion-d-elos-derechos-indigenas.pdf>, pág. 200

principalmente en su calidad de trabajadores estacionales, migrantes, en situación de servidumbre o a domicilio y, por consiguiente, expuestos a las formas de explotación en el trabajo de las que trata el mandato de la OIT<sup>78</sup>. Recordemos que unas de las características de los pueblos indígenas en su marginalización económica y política, por lo que los Estados fueron incapaces de resguardar sus intereses, lo que debió ser tutelado a través de este instrumento internacional.

Como señala Mikel Barraondo, “una de las más importantes funciones de la OIT es la adopción de convenciones y recomendaciones que establecen normas internacionales. De los Convenios emanan obligaciones para los Estados miembros que los ratifican, mientras que las recomendaciones son fuente de orientación para la política, la legislación y las practicas nacionales. Todo Convenio debe aplicarse una vez que su vigencia se inicia, siempre y cuando no se elabore y apruebe un nuevo convenio que lo revise y sustituya.”<sup>79</sup>

El Convenio 169 de la OIT tiene su antecedente en el Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes del año 1957. “Este Convenio fue el primer instrumento internacional que consagró Derechos de los Pueblos Indígenas y las correspondientes obligaciones para los Estados que lo ratificaran”<sup>80</sup>, sin embargo, “reflejó la política que era dominante en aquel tiempo, es decir, la del paternalismo y la integración o asimilación, en el marco de un ideal proteccionista.”<sup>81</sup>

“En la década de los ochenta la visión de la integración y el paternalismo era abiertamente insostenible ante el empuje del movimiento indígena en busca del reconocimiento a su autónoma y libre determinación. La OIT inicio un proceso en busca de la revisión del Convenio 107 y pronto dio cuenta de la necesidad de elaborar un nuevo convenio”<sup>82</sup>. “Es así como en junio de 1989, la Conferencia Internacional del Trabajo decidió aprobar el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.”<sup>83</sup>

---

<sup>78</sup> Arteaga Jara, Andrés, (2007) Los Derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento internacional: la declaración de las naciones unidas, Universidad de Concepción, Chile. Pág. 9

<sup>79</sup> Barraondo, Mikel (coordinador). (2006). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, pp. 133-151. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos. pág. 133

<sup>80</sup> Galvis, María Clara, & Ramírez, Ángela. (2003). Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas. Estados Unidos: Fundación para el Debido Proceso Legal. pág. 6

<sup>81</sup> Barraondo, Mikel (coordinador). (2006). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo pp. 133-151. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos. pág. 135

<sup>82</sup> Ídem

<sup>83</sup> Galvis, María Clara, & Ramírez, Ángela. (2003). Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas. Estados Unidos: Fundación para el Debido Proceso Legal pág. 3

Lo interesante de este Convenio internacional es que su ratificación produce efectos jurídicos inmediatos para el orden interno en casi todo el sistema constitucional. “Esta implicación en términos del proceso de juridicidad significa un avance porque en este instrumento se asumen conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a la hegemonía de los derechos individuales.”<sup>84</sup>

Además, su cumplimiento para los países que lo han ratificado es obligatorio. En consecuencia, los Estados deben adecuar la legislación nacional para desarrollar el Convenio 169 de la OIT al interior de sus países. Esto implica derogar todas las normas que sean contrarias al Convenio y aprobarlas que hagan falta para aplicarlo. Si las medidas normativas y legislativas no son suficientes, los Estados deben tomar otras medidas, tales como adoptar políticas públicas que tengan en cuenta los derechos y la perspectiva de los pueblos indígenas.<sup>85</sup>

El Convenio 107 de la OIT mantiene su vigencia en aquellos países que no han ratificado el Convenio 169 de la OIT, por su parte este último ha “ejercido una importante influencia en países que aún no lo han ratificado tanto en la formulación de políticas públicas como en la expedición de legislaciones nacionales, así como sobre decisiones judiciales a nivel internacional.”<sup>86</sup>

El contenido del Convenio 169 de la OIT si bien es extenso, en lo sucesivo analizaremos algunos conceptos básicos, entre ellos (i) el Concepto de Pueblo Indígena, (ii) el Derecho a la Consulta, (iii) a la Tierra y al territorio, (iv) el uso del Derecho Consuetudinario y (v) la libre determinación de los pueblos.

- a) El concepto de Pueblo Indígena, es utilizado en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, y fue sin duda alguna el más debatido durante el proceso de elaboración.

*“Art. 1, b. “A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o a colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”*

---

<sup>84</sup>Berraondo, Mikel (coordinador). (2006). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (pp. 133-151). Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos. pág. 136

<sup>85</sup> Galvis, Maria Clara, & Ramirez, Angela . (2003). Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas. Estados Unidos: Fundación para el Debido Proceso Legal. Pág. 4

<sup>86</sup> Ídem

Lo interesante del concepto de pueblo indígena es su discusión doctrinal a nivel internacional, ya que tiene una directa relación con el reconocimiento al derecho de libre determinación de los pueblos, puesto que “en virtud de este derecho [los pueblos] establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. Este derecho humano colectivo, reconoce su origen en la discusión internacional de principios del siglo XX, al hacerse explícita una costumbre muy antigua, en virtud de la cual los grupos nacionales que desearan podían obtener la autonomía dentro del Estado a los que están integrado. Este pronunciamiento y defensa de un tal derecho, generó expectativas desenfrenadas para poner término al derecho de conquista. No obstante, los Estados fueron mucho más mesurados en aplicarlo, y antepusieron siempre sus intereses económicos y políticos. Dando lugar a lo que ha sido la constante reacción de los Estados frente al reclamo de la autodeterminación por las nacionalidades que los conforman.”<sup>87</sup>

La discusión de la aprobación del Convenio 169 OIT se centró precisamente en la demanda de los movimientos indígenas para que se estableciera que los titulares de los derechos allí establecidos eran los mismos Pueblos Indígenas. Por su parte, el temor de los Estados se centró en que el reconocimiento de las culturas indígenas pudieran formar pueblos al interior de los Estados nacionales, lo que implicaría la reclamación del derecho a libre determinación y, con ello, la posterior desintegración de los Estados en torno a luchas nacionalistas. No obstante, el Convenio 169 de la OIT ha sido interpretado en el sentido de dar pie a la autodeterminación interna (en el Estado) o autonomía, y a sistemas de administración territorial compartida.<sup>88</sup>

- b) La consulta, “es un principio que consiste en recabar la opinión, el asesoramiento y la asistencia de los pueblos indígenas y tribales, quienes resultan directamente afectados por las medidas legislativas.”<sup>89</sup> Por otro lado, “es un derecho y un instrumento para la participación en las decisiones sobre todos los asuntos que le conciernen a los pueblos indígenas.”<sup>90</sup> Por lo tanto, uno de los objetivos “es la protección de los derechos de los pueblos indígenas cuando entran en riesgo frente a

---

<sup>87</sup> Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas (2003), Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/268/nuevo-trato-indigena.pdf?sequence=1>, Vol.III · Tomo III Capítulo 3

<sup>88</sup> ídem

<sup>89</sup> Berraondo, Mikel (coordinador). (2006). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo pp. 133-151. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos. pág. 142

<sup>90</sup> Grueso Castelblanco, Libia Rosario (2011), El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada, Sitio Web: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602.pdf>, pág. 14

las demandas y requerimientos de sociedades numéricamente mayoritarias, y con mayor poder de decisión en las esfera de lo público y lo privado.”<sup>91</sup>

El derecho a la consulta se encuentra consagrado en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT;

*“Art. 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: consultar a los pueblos interesados, 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; 6.2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”*

Además al aplicar la consulta previa, libre e informada se le reconoce el “derecho a los pueblos indígenas, a la autonomía, y al autogobierno, y a la cultura propia, y el derecho de defender sus prioridades en el proceso de desarrollo.”<sup>92</sup>

Con el reconocimiento de la autonomía y al autogobierno en la aplicación de la consulta, volvemos nuevamente al tema de la libre determinación como principio rector del Convenio 169 de la OIT, puesto que “garantiza el respeto a las instituciones indígenas en general y se refiere a una variedad de derechos específicos de acción colectivo, que en su conjunto equivalen al reconocimiento de los pueblos indígenas como sociedades distintas en sus propias instituciones representativas”<sup>93</sup> a pesar que no tiene una correspondencia explícita dentro del articulado del Convenio.

- c) El derecho a la tierra y al territorio tiene una connotación bastante particular dentro de la cosmovisión indígena, ya que se encuentra en el centro de todas sus reivindicaciones, “y no únicamente en su condición de derecho colectivo indispensable sino como una verdadera dirección existencial de cada pueblo.”<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> Ídem

<sup>92</sup> Berraondo, Mikel (coordinador). (2006). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo pp. 133-151. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos pág. 64

<sup>93</sup> García Hierro, Pedro (2001). Territorio Indígena: Tocando a las puertas del Derecho. Revista de Indias vol. LXI, núm. 223. Pág. 619.

<sup>94</sup> García Hierro, Pedro (2001). Territorio Indígena: Tocando a las puertas del Derecho. Revista de Indias vol. LXI, núm. 223 pág. 619

Intentaremos graficar tres conceptos fundamentales; la propiedad, la tierra y el territorio. Primero; “la propiedad privada es la base de todo el sistema económico occidental. Es el ámbito de poder que el individuo tiene sobre las cosas y que le permite disponer a su antojo de ellas de manera exclusiva frente a todos los demás. La propiedad no es solo la base sino también el motor de las sociedades capitalistas.”<sup>95</sup>

Según Kelsen, “Cuando se define la propiedad como dominio jurídicamente exclusivo de un hombre sobre una cosa, ese dominio consiste únicamente en que aquel “domina” a los demás hombres por medio del orden jurídico, puesto a su disposición, cuando ejercen cierta conducta sobre determinadas cosas; puede mantenerlos alejados de esas cosas, las cuales son jurídicamente suyas.”<sup>96</sup> Por ejemplo “la mayoría de los Pueblos Indígenas pueden intuir un concepto de propiedad económica; la escopeta, la canoa, son cosas “mías” y puedo disponer de ellas. Sin embargo, muy pocos Pueblos Indígenas podrían atreverse a utilizar ese concepto con referencia a la tierra.”<sup>97</sup>

Mientras que la tierra como concepto conlleva a un Derecho Civil, pero ¿qué significa que sea un Derecho Civil?, “pues su apropiación, individualización, exclusividad y su posible perpetuidad. A diferencia del concepto territorio, que se vincula más bien al pueblo que al individuo y nadie piensa que puede disponer de él a su antojo,”<sup>98</sup> y por lo tanto la tierra se vuelve disfuncional al concepto indígena.<sup>99</sup>

Según Pedro García Hierro, el concepto territorio encarna la idea de un patrimonio colectivo, asumido en forma absoluta, exclusiva y perpetua, pero de un modo que nada tiene que ver con la propiedad puesto que es, además es transgeneracional, indivisible conceptualmente inapropiable, indisponible, y autónomo en su administración.<sup>100</sup>

Estos conceptos fueron expresados en los artículos 13 al 19 del Convenio 169 de la OIT, y recoge los aspectos colectivos de esa relación. Al hablar de territorios se incluye la totalidad del

---

<sup>95</sup> Ibidem. Pág. 622

<sup>96</sup>Kelsen, Hans (1979), Teoría General del Estado, México, Editorial Nacional pág. 191

<sup>97</sup> Ídem

<sup>98</sup> Ídem

<sup>99</sup> Ibidem. Pág. 623

<sup>100</sup> García Hierro, Pedro (2001). Territorio Indígena: Tocando a las puertas del Derecho. Revista de Indias vol. LXI, núm. 223 pág. 625

hábitat, es decir, para los pueblos indígenas comprende no solo la tierra sino las aguas, espacios aéreos, medio ambiente, lagunas sagradas, centros ceremoniales, etc.<sup>101</sup>

Continua García Hierro señalando, “precisamente que el problema más grave de los pueblos indígenas y tribales, en todo el mundo, es la pérdida de sus territorios tradiciones,”<sup>102</sup> que por conflictos de este interés ha provocado el asesinato de cientos de indígenas por quienes han ocupado ilegalmente sus tierras. De acuerdo con esto el Convenio ha “propuesto mecanismos de conciliación para buscar soluciones a los conflictos pendientes.”<sup>103</sup>

Conforme con lo anterior, el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT se refiere al acceso a la utilización de sus recursos naturales.

*“Art. 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*

*2. 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.”*

En el párrafo número 1 dispone el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

El párrafo dos dispone sobre la propiedad de los minerales y recursos del subsuelo cuando dichos recursos pertenecen al Estado, por lo que los gobiernos deberán consultar a los pueblos indígenas<sup>104</sup>, así mismo el Convenio 169 de la OIT se hace cargo del traslado de comunidades en los casos que no puedan restituir sus territorios inmediatamente. Ahora bien, “si por cualquier

---

<sup>101</sup> Berraondo, Mikel (coordinador). (2006). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (pp. 133-151). Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos. Pág. 140

<sup>102</sup> Ibidem. Pág. 141

<sup>103</sup> Ídem

<sup>104</sup> Ídem

motivo esto no fuese posible, el Estado tiene la obligación de indemnizar y otorgar tierras de igual calidad y tamaño que las originales.”<sup>105</sup>

En este caso y al igual que los anteriores, nos encontramos con el concepto de libre determinación “que relaciona una unidad histórico-social (pueblos, naciones) con un territorio único donde se ejerce no el *dominium*, sino el *imperium*”<sup>106</sup>, sin embargo la libre determinación es planteada en el sentido interno de la nación (país) ya constituida, y por lo tanto “hay que entender que la condición jurídica que un Estado otorgue a las tierras indígenas no es esencialmente relevante respecto a la percepción interna del pueblo indígena. Sin embargo, les afecta de manera instrumental puesto que la carga de fuerza defensiva que genera una condición jurídica y otra, facilita, dificulta o imposibilita, en su caso, la continuidad histórica de la relación pueblo-territorio.”<sup>107</sup>

- d) El Derecho Consuetudinario es una variable de suma importancia en el Convenio 169 de la OIT y es definido como “un conjunto de normas, usos, y costumbres, transmitidos de manera intergeneracional, ejercidos por autoridades e instituciones propias de los pueblos indígenas en sus territorios, constituyen sistemas jurídicos reconocidos, aceptados y respetados por una colectividad, e integran el pluralismo legal de los países con población indígena<sup>108</sup>. Según Stavenhagen “es el conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etc.) que se opone de las leyes que emanan de una autoridad política constituida y cuya aplicación está en manos de esta autoridad, es decir, generalmente el Estado. La diferencia fundamental, entonces, sería que el derecho positivo está vinculado al poder estatal, en tanto que el derecho consuetudinario es propio de sociedades que carecen de Estados, o simplemente opera sin referencia al Estado.”<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup>Ídem. Pág.142

<sup>106</sup> García Hierro, Pedro (2001). Territorio Indígena: Tocando a las puertas del Derecho. Revista de Indias vol. LXI, núm. 223 pág. 625

<sup>107</sup> Ídem

<sup>108</sup> Castro, Milka, “Cátedra Derecho Indígena”, Apuntes de Clases Universidad de Chile.

<sup>109</sup>Stavenhagen, Rodolfo & Iturralde, Diego (compiladores). (2012) Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina México: Instituto Indigenista Interamericano. Pág. 102

Una de las características fundamentales del Derecho consuetudinario, es el dinamismo y la flexibilidad que posee ante los cambios sociales y económicos dentro de la comunidad, es decir, que se adapta sin cambiar su naturaleza.

Debido a su importancia el Convenio 169 de la OIT en su Artículo 8 lo consagra:

*“Art. 8. 1 Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.”*

*“Art.9. 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*

*2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”*

Por lo tanto, el objeto de reconocimiento del Convenio 169 de la OIT, dentro del derecho consuetudinario será a las costumbres, a las instituciones propias, y los métodos propios de control y autogobierno de los Pueblos Indígenas.

- e) Como hemos visto el principio de la libre determinación de los pueblos indígenas es una regla tangencial que impregna todo el texto normativo del Convenio 169 y que, si bien no se encuentra de manera explícita, empapa a quienes lo ratifican obligando a generar instancias para articular y desarrollar la autonomía de los pueblos indígenas.

## 2.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas (2007)

Es el instrumento más avanzado en la tutela de los derechos de los pueblos indígenas en la actualidad. Nace el 13 de septiembre del 2007 en la Asamblea General de las Naciones Unidas.<sup>110</sup> Este instrumento “constituye un paso histórico hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en la medida en que establece, en el ámbito universal, las normas mínimas

---

<sup>110</sup> Con el consenso de 143 Estados con la abstención de 11 y 4 votos en contra.

para garantizar la supervivencia, la dignidad, el bienestar y el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas.”<sup>111</sup>

“La declaración afirma que los Pueblos Indígenas y sus miembros tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Carta de Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en las demás normas internacionales de Derechos Humanos.”<sup>112</sup>

Recordemos que “para las Naciones Unidas las Declaraciones de la Asamblea General son un tipo de resolución, y por tanto, estrictamente hablando, tiene el valor de una recomendación para los Estados, no una fuerza vinculante. Sin embargo, la Declaración es un ejemplo muy especial de resolución. En efecto, se la considera un instrumento solemne, que se utiliza solo en casos muy especiales, de grande y verdadera importancia, y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de estados posibles.”<sup>113</sup>

A su vez, la Declaración se encuentra enmarcada dentro de los derechos de solidaridad que contempla el derecho a la paz, a un ambiente libre de contaminación, al patrimonio artístico y cultural, el derecho a la participación, entre otros, todos enmarcados dentro de los derechos colectivos, y por lo tanto no podría negarse su exigibilidad a través de la colectividad, aunque sus beneficios se reportarían a cada uno de los integrantes.<sup>114</sup>

“Los derechos colectivos existen en ordenación a la mayor plenitud y eficacia de los derechos individuales. Desde esta perspectiva, derecho individual y derecho colectivo no se oponen, sino que se complementan para el goce pleno y efectivo de los derechos humanos.”<sup>115</sup>

La Declaración, “adicionalmente, consagra la libertad y la igualdad de todos los pueblos y personas indígenas y prohíbe la discriminación en el ejercicio de sus derechos, en especial la que se funda en su origen o identidad étnicos.”<sup>116</sup>

---

<sup>111</sup> Galvis, María Clara, & Ramírez, Ángela. (2003). Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas. Estados Unidos: Fundación para el Debido Proceso Legal. Pág. 5

<sup>112</sup> Ídem

<sup>113</sup> Zalaquett Daher, José. (2008). La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Anuario de Derechos Humanos, pp. 141

<sup>114</sup> Klot, Sofía. (2004). El constitucionalismo latinoamericano y la protección de los Derechos Indígenas. Enero 20, 2017, de Universidad de Montevideo Sitio web: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Klot-El-constitucionalismo-latinoamericano-y-la-proteccion-d-elos-derechos-indigenas.pdf>, pág. 202

<sup>115</sup> Ídem

La doctrina no se encuentra muy conteste con la necesidad de ratificación de los derechos colectivos, sino que actualmente varios autores entre ellos Lucas Sierra ha mencionado que “no hay necesidad de reconocimiento colectivo cuando las mismas funciones igualmente pueden cumplirse mediante la vía individual”

A diferencia del Convenio 169 de la OIT, la Declaración consagra explícitamente el derecho a la libre autodeterminación “política, económica, social y cultural; a conservar y fortalecer sus propias instituciones, (...) así como a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Asimismo, consagra el derecho de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado adquirido.”<sup>117</sup>

La Declaración, “reconoce que los Pueblos Indígenas tienen el mismo derecho a la libre determinación que el que disfrutaban otros pueblos. Esto se deriva del principio de igualdad que recorre todo el texto de la Declaración y que se explicita en el Artículo 2:”<sup>118</sup>

*“Art. 2. Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.”*

Que declara que los pueblos y las personas indígenas son iguales a todos los demás pueblos y personas.<sup>119</sup> Mientras que el Artículo 3:

*“Art. 3. Los 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.”*

Afirma el derecho de libre determinación, siendo un reflejo de otros textos internacionales que consagran el derecho para “todos los pueblos,” incluidos los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos y Pacto sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Por tanto, la Declaración se basa en la premisa de que existe un Derecho Universal de libre determinación y, a partir de esta premisa, afirma la extensión de ese derecho universal a los Pueblos Indígenas.<sup>120</sup>

Por lo tanto, este instrumento internacional afirma que los Pueblos Indígenas tienen derechos, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas.

---

<sup>116</sup>Galvis, María Clara, & Ramírez, Ángela. (2003). Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas. Estados Unidos: Fundación para el Debido Proceso Legal. Pág.5

<sup>117</sup> Ídem

<sup>118</sup>Charters, Claire & Stavenhagen, Rodolfo (compiladores), (2010), El Desafío De La Declaración Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas, Dinamarca. pp. 194-209. Pág. 195

<sup>119</sup>Ídem

<sup>120</sup> Ídem

“Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos que esté fundada, en particular, en su origen o identidad indígena. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho pueden determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.”<sup>121</sup>

A diferencia del Convenio 169 de la OIT, la libre determinación de los pueblos se encuentra explícitamente reconocida en la Declaración en su Artículo 3. Haciendo alusión a su vez, al concepto de Pueblo Indígena, siendo un concepto básico revisado en el apartado anterior, haremos un paralelo entre ellos:

- a) La Declaración no define el concepto pueblo indígena, pero lo utiliza de manera directa haciéndose cargo de la discusión doctrinal que este presentaba.

*“Art. 3. Los 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.”*

- b) Respecto a la consulta indígena, se encuentra consagrada en varios artículos, entre ellos, los artículos 19, 30 y 32 de la presente declaración

*“Art. 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.”*

*“Art. 30.2: Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.”*

*“Art. 32. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.”*

---

<sup>121</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, (2007) Asamblea General de las Naciones Unidas, pág. 4.

Así, la Declaración consagra autonomía a los Pueblos Indígenas al otorgar derechos sobre sus propias decisiones, por ejemplo: en la utilización de tierras y territorios, y en los casos que se requiera el consentimiento libre e informado para la aprobación de proyectos que los afecten.

En cuanto a la efectividad de la consulta exige dos principios fundamentales; (i) “debe efectuarse de buena fe, respetando los intereses, valores y necesidades de la otra parte, siendo específico a cada circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo o comunidad y (ii) Debe respetarse el principio de representatividad, conforme al cual el proceso de consulta debe efectuarse con las instituciones u organizaciones indígenas verdaderamente representativas, no obstante las dificultades que en los hechos puede significar determinar quien representa a una comunidad en particular.”<sup>122</sup>

La Declaración supone como finalidad que “las consultas no pueden consistir en una mera información a las comunidades indígenas de las medidas que podrían afectarles, sino que supone un procedimiento dentro del cual los pueblos indígenas puedan influir en forma efectiva en las decisiones que afecten sus intereses. También supone respetar los mecanismos propios de estos pueblos para adoptar sus decisiones, según sus costumbres y estructuras organizativas, como permitirle el acceso a toda la información y a la asesoría que sea necesaria. De este modo se debe lograr que las decisiones finalmente adoptadas sean compatibles con los derechos sustantivos de los pueblos indígenas.”<sup>123</sup>

- c) El derecho a la tierra y al territorio dentro de la Declaración se consagra dentro del marco del derecho colectivo de la tenencia de la tierra y el uso del territorio.

Los derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales están en el centro de reivindicaciones de los pueblos indígenas, “debido a la relación especial que ellos tienen con los espacios que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado”<sup>124</sup>:

*“Art. 26. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.*

---

<sup>122</sup> Arteaga Jara, Andrés. (2007) Los derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento internacional: La Declaración de las Naciones Unidas. Universidad de Concepción. Concepción. Pág. 126

<sup>123</sup> Ídem

<sup>124</sup>The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, (2010) Análisis Comparado Del Reconocimiento Constitucional De Los Pueblos Indígenas En América Latina, Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N° 2. Sitio Web: <http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PPII.pdf>, Pág. 6.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.”

“El artículo 26 se refiere a la relación indígena-tierras-territorios. En su primer inciso reconoce los derechos a esas tierras, territorios y recursos, que poseen debido a la propiedad tradicional, u otra forma de ocupación o que lo hayan adquirido de distinta manera.”<sup>125</sup> Distinguido de la concepción subjetiva de Savigny definida en el Código Civil Chileno:

*“Art 700. CC: La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.”*

Por lo tanto, dicha relación debe entenderse “como adquisición, ya sea por acuerdos con el Estado o por alianzas entre Pueblos Indígenas, y no en el sentido de una adquisición inmobiliaria regida por el Código Civil (sobre la cual tendrá los derechos que corresponden a la propiedad privada). Debe recordarse que muchos Estados deseaban que dijera “poseen” –es decir, que se limitara a la posesión en el presente–, pero finalmente se aceptó la nueva redacción para cubrir tierras que los pueblos indígenas poseían en el pasado y sobre las que aún tienen derechos.”<sup>126</sup>

En este sentido se condice con lo mencionado en el Convenio 169 de la OIT respecto a su tratamiento jurídico, como también respecto a la calidad de hábitat que incluye el concepto de territorio y tierras.

A su vez el “El derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos es un derecho fundamental”<sup>127</sup>, ante lo cual cualquier apropiación u ocupación futura deberá celebrarse mediante consultas “eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los

---

<sup>125</sup> Unicef, Derechos Indígenas Sitio Web: [https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos\\_indigenas.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf) , pág. 17

<sup>126</sup> *Ibidem*. Pág. 20.

<sup>127</sup> *Ídem*

procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas”<sup>128</sup>, si no pudiera llevarse a cabo, la norma ordena un sistema de reparación que puede consistir en una restitución o indemnización.

“Además, se reconoce el sistema normativo de los pueblos indígenas, en el tema del territorio y de los recursos. Así lo establece el artículo 27”<sup>129</sup>:

*“Art. 27. Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.”*

“De esta manera la Declaración otorga un mandato a los países para la conjugación de los distintos sistemas jurídicos, pues su máxima es permitir la convivencia entre el ordenamiento jurídico de cada país con el sistema normativo indígena.”<sup>130</sup>

d) El sistema normativo indígena se materializa, con la puesta en práctica del Derecho Propio, esto es, Derecho Consuetudinario, establecido en el Artículo 3 de la Declaración:

*“Art.3. Los 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”.*

“Este reconocimiento, se refuerza con los artículos 4 y 5, que consagran el derecho de los Pueblos Indígenas a la autonomía y al autogobierno en sus asuntos internos, conservando para esto, sus organizaciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales.”<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup>Asamblea General de las Naciones Unidas, (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas. A/RES/61/295. Artículo 30.

<sup>129</sup> Acevedo Vicencio, Karen. (2010), El Reconocimiento Del Derecho Propio Indígena. Situación actual en Chile, en el Derecho Comparado e Internacional. Derechos al agua y geotérmicos. Caso Toconce y El Tatio. Universidad de Chile. Santiago, pág.43

<sup>130</sup> Ídem

<sup>131</sup> Ídem

Por su parte, el artículo 20:

*“Art. 20. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.”*

Garantiza el derecho “a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales”<sup>132</sup> para el desarrollo y subsistencia de los Pueblos Indígenas.

Mientras que los Artículos 33 y 34 de la Declaración, refuerzan el derecho de la libre determinación al garantizar que los indígenas “tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones.”<sup>133</sup>

*“Art. 33. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.*

*2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.”*

*“Art. 34. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.”*

Además de tener derechos “a promover y mantener sus propias estructuras institucionales, su costumbre, su sistema jurídico, respetando las normas internacionales de derechos humanos.”<sup>134</sup>

La Declaración de Naciones Unidas, “les concede a los Pueblos Indígenas libertad de la toma de sus decisiones, de manera que existe un reconocimiento a la igualdad de las culturas que rompe con la supremacía institucional de la cultura occidental sobre las demás, otorgándole el carácter de sujetos políticos de los pueblos y comunidades indígenas, pudiendo de esta manera mantener el derecho al control de sus instituciones políticas, culturales y sociales y su desarrollo

---

<sup>132</sup> Ídem

<sup>133</sup> Ídem

<sup>134</sup> Ídem

económico.”<sup>135</sup> A su vez se reconoce las “diversas formas de participación, consulta y representación directa de los pueblos indígenas, pudiendo formular voluntad popular.”<sup>136</sup>

A modo de comparación entre ambos instrumentos podemos graficar las diferencias que traen aparejadas en sus respectivos textos normativos, al mencionar de manera textual los conceptos que aquí hemos estudiado.

<i>CONCEPTO</i>	<i>CONVENIO 169</i>	<i>DECLARACIÓN ONU</i>
<i>Pueblos</i>	<i>SI</i>	<i>SI</i>
<i>Autodeterminación</i>	<i>NO</i>	<i>SI</i>
<i>Tierras</i>	<i>SI</i>	<i>SI</i>
<i>Territorios</i>	<i>NO</i>	<i>SI</i>
<i>Costumbres</i>	<i>SI</i>	<i>SI</i>
<i>Sistemas jurídicos</i>	<i>NO</i>	<i>SI</i>

(Imagen 1)<sup>137</sup>

En conclusión, tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, son los principales instrumentos de tutela internacional para los Pueblos Indígenas, debido a que se encuentran sujetos a “ser respetados tanto por el Gobierno firmante, como por sus sucesores, no pudiendo desconocer su validez. Además, prescribe, que ni la Declaración ni el convenio podrá ir en desmedro de los derechos reconocidos en alguno de esos acuerdos.”<sup>138</sup>

<sup>135</sup> Ídem

<sup>136</sup> Ídem

<sup>137</sup> Castro, Milka, (2016) “Cátedra Derecho Indígena”, Apuntes de Clases Universidad de Chile.

<sup>138</sup> Acevedo Vicencio, Karen. (2010), El Reconocimiento Del Derecho Propio Indígena. Situación actual en Chile, en el Derecho Comparado e Internacional. Derechos al agua y geotérmicos. Caso Toconce y El Tatio. Universidad de Chile. Santiago, pág.43

### **Capítulo III: Derechos indígenas en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**

El devenir del Constitucionalismo Latinoamericano del siglo XXI, se inicia a través “de cuatro grandes paradigmas propios de los momentos constituyentes que correspondieron a las vivencias históricas del constitucionalismo: el surgimiento del constitucionalismo liberal revolucionario durante las revoluciones burguesas, a partir de finales del siglo XVIII; la evolución conservadora del planteamiento revolucionario hacia el positivismo y el primitivo concepto de Estado de Derecho, fruto de la renovada coalición entre clases burguesas y monarquías o sectores conservadores, que vio su auge durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX; el constitucionalismo democrático, durante las primeras décadas del siglo XX, producto del enfrentamiento del Estado liberal conservador a las amenazas políticas, sociales y económicas, que provocaron el retorno del problema de la legitimidad del poder –problema que había sido apartado desde el contractualismo–; y el constitucionalismo social, cuyo objetivo nunca bien concluido era garantizar los derechos sociales que, por la vía del hecho, conformaron el fundamento de las políticas caracterizadoras del Estado del bienestar y que, académicamente, se conceptualizó en el actualmente vigente concepto de Estado Social y Democrático de Derecho.”<sup>139</sup>

El estudio del constitucionalismo desde su origen hasta el Estado Social ha asumido rasgos esencialmente diferentes, uno de ellos ha sido la legitimidad democrática del poder,<sup>140</sup> dicha legitimidad origina las primeras investigaciones a través de la corriente doctrinal del Neoconstitucionalismo, en torno a los diversos textos constitucionales que nacen particularmente en la década de los setenta.

El fundamento mismo del Neoconstitucionalismo es el análisis de la dimensión jurídica de la Constitución, para lo cual no es necesario el análisis de la legitimidad democrática del poder, es decir, la formula a través de la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida,<sup>141</sup> sino que reivindica el Estado de Derecho a “través de la explicación de la evolución

---

<sup>139</sup>Viciano Pastor, Roberto & Martínez Dalmau, Rubén. (2010) Fundamentos Teórico y prácticos del nuevo constitucionalismo, Gaceta Constitucional, Vol. N°48, pp. 307-328. Pág. 309

<sup>140</sup> Ibidem. Pág. 311

<sup>141</sup> Ídem

del concepto hasta lo que representaría en la actualidad.”<sup>142</sup>Por lo tanto, el Neoconstitucionalismo es una corriente doctrinal, que se encuentra sistematizada desde la academia por parte del Derecho Constitucional,<sup>143</sup> y que supone una preocupación en su dimensión jurídica en cuanto a “la presencia hegemónica de los principios como criterios de interpretación en el constitucionalismo, siendo la principal herramienta de ataque al positivismo jurídico.”<sup>144</sup>

Mientras que el Nuevo Constitucionalismo “mantiene las posiciones sobre la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico con la misma firmeza que el neoconstitucionalismo y plantea, al igual que éste, la necesidad de construir la teoría y observar las consecuencias prácticas de la evolución del constitucionalismo hacia el Estado Constitucional. Su preocupación no es únicamente sobre la dimensión jurídica de la Constitución sino, incluso en un primer orden, sobre la legitimidad democrática de la Constitución. En efecto, el primer problema del constitucionalismo democrático es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente y establecer los mecanismos de relación entre la soberanía, esencia del poder constituyente, y la Constitución entendida en su sentido amplio como la fuente del poder.”<sup>145</sup>

Por ello, lo que busca el Nuevo Constitucionalismo es analizar la exterioridad de la Constitución, es decir, su legitimidad, para luego en un proceso posterior analizar su interioridad a través de su dimensión jurídica.

Durante los últimos 50 años, Latinoamérica ha engendrado procesos constituyentes con el propósito de legitimar sus textos constitucionales, y con la ilusión de “ permear el ordenamiento jurídico y revolucionar el statu quo de sociedades en condiciones de necesidad.”<sup>146</sup>

Estos procesos constituyentes con sus productos, han dado paso al conocido concepto de Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, que vienen a responder “cómo solucionar el problema de la desigualdad social.”<sup>147</sup>

La posición del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano en relación con el Neoconstitucionalismo en cuanto a la legitimidad del poder, se relaciona en que el avance democrático se realiza en el Marco de la Constitución y no el que el líder populista apele de

---

<sup>142</sup> Ídem

<sup>143</sup> Ídem

<sup>144</sup> Ídem

<sup>145</sup> Ibídem. Pág. 312

<sup>146</sup> Ibídem. Pág. 313

<sup>147</sup> Ídem

manera directa a las masas para obtener sus objetivos,”<sup>148</sup> sino que es el gobierno el que está legitimado por el pueblo y no, desde luego, al contrario.”<sup>149</sup>

Cabe destacar que las características formales del Nuevo Constitucionalismo han sido: “su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez).”<sup>150</sup>

Su contenido innovador ha sido denominado por Viciano y Martínez como constitucionalismo experimental<sup>151</sup>. Ante la inhabilidad del viejo constitucionalismo – aquel anterior a la década de los setenta determinado por la Elite - para resolver problemas fundamentales de la sociedad, mientras que el nuevo constitucionalismo ha sido capaz de construir una nueva institucionalidad (...) que tiene como finalidad promover la integración social, crear un mayor bienestar y – posiblemente el rasgo más reconocible – establecer elementos de participación que legitimen el ejercicio de gobierno por parte del poder constituyente.”<sup>152</sup>

En cuanto a su amplitud, destacable es la “extensión de las nuevas constituciones,”<sup>153</sup> éste hecho está supeditado con la complejidad normativa de las mismas. “Tanto la extensión como la complejidad del texto constitucional han sido expresamente buscadas por el constituyente (...) pero debe ser capaz de dar respuestas a aquellas necesidades que el pueblo solicita a través del cambio de su constitución.”<sup>154</sup> Esta característica surge principalmente en que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es esencialmente principista, “y va en detrimento de las reglas que, aunque presentes, ocupan un lugar limitado a los casos concretos en que su presencia es necesaria para articular la voluntad constituyente.”<sup>155</sup>

Las razones de la extensión de los textos constitucionales se deben a que abarcan también su complejidad. “No se trata de una complejidad en la lectura o en el vocabulario utilizado – al

---

<sup>148</sup> Ídem

<sup>149</sup> Ibídem. Pág. 314

<sup>150</sup> Ibídem. Pág. 322

<sup>151</sup> Viciano Pastor, Roberto & Martínez Dalmau, Rubén (2010) ¿Se puede hablar de un Nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?, España. Universidad de Valencia. Sitio Web: [http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Rube%C2%A6%C3%BCn-Marti%C2%A6%C3%BCnez-Dalmau.-Se-puede-hablar-de-un-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-como-corrente-doctrinal-sistematizada.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Rube%C2%A6%C3%BCn-Marti%C2%A6%C3%BCnez-Dalmau.-Se-puede-hablar-de-un-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-como-corrente-doctrinal-sistematizada.pdf), Pág.14

<sup>152</sup> Ídem

<sup>153</sup> Ídem

<sup>154</sup> Ibídem. Pág. 324

<sup>155</sup> Ibídem. Pág.323

contrario; los esfuerzos por aligerar el contenido técnico, sin menoscabar su funcionalidad, son en algunos casos encomiables -, sino de una complejidad institucional que busca la superación de problemas concretos que han soportado los diferentes pueblos"<sup>156</sup>, por lo tanto, la complejidad deviene en la composición de una nueva institucionalidad compuesta en un mecanismo complejo de coordinación.

“Esta complejidad técnica viene acompañada de una simplicidad lingüística debida a la voluntad de trascender el constitucionalismo de elites hacia un constitucionalismo popular”<sup>157</sup>. En este sentido, Gargarella plantea que el nuevo constitucionalismo viene a proponer un rechazo frontal frente a aquellas tradiciones constitucionales de raíces elitistas, individualistas, sobre todo en los casos de Bolivia y Ecuador.<sup>158</sup>

En definitiva, se trata de textos técnicamente complejos y semánticamente sencillos.

En cuanto a la rigidez constitucional, la Constitución no busca su perdurabilidad, sino la modificación de ésta exclusivamente por el poder constituyente.<sup>159</sup>

“Como afirma Lascarro, no es posible resolver problemas durante tanto tiempo pendientes en constituciones caracterizadas por la innovación; algunas cuestiones van a tener que quedar abiertas, probablemente para otra constituyente”<sup>160</sup> dejando marcado el carácter de transitoriedad de las constituciones latinoamericanas.

Por lo tanto, estas cuatro características permiten reconstruir la unidad del Estado a través de instrumentos que recomponen la pérdida de la relación entre soberanía y gobierno.<sup>161</sup> Buscando de esta manera una participación efectiva de la sociedad.

En relación con lo anterior, los autores Roberto Viciano y Rubén Martínez apuestan que las nuevas constituciones plantean en mayor o menor medida, de acuerdo con su realidad social, la integración de sectores marginados históricamente, como es el caso de los Pueblos Indígenas.<sup>162</sup>

---

<sup>156</sup> Ibidem. Pág. 325

<sup>157</sup> Ídem

<sup>158</sup> Gargarella, R. (2005). "Acerca de Barry Friedman y "el constitucionalismo popular mediado". Revista jurídica Universidad de Palermo. Págs. 161

<sup>159</sup> Ibidem. Pág. 18

<sup>160</sup> Ibidem. Pág. 19

<sup>161</sup> Ibidem. Pág. 20

<sup>162</sup> Viciano Pastor, Roberto & Martínez Dalmau, Rubén (2010) Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Revista General de Derecho Público Comparado, Vol. N°9, pp. 1-43. Pág. 36

Así mismo planteó en su momento el sociólogo Boaventura De Sousa Santos al redefinir el Estado Latinoamericano en relación al Nuevo constitucionalismo, engendrado de luchas de movimiento sociales y populares, permite dar irrupción al cuestionamiento de los pueblos indígenas a un modelo de Estado impuesto desde Occidente, calco y copia de una Revolución Francesa que llegó al *Abya Yala*<sup>163</sup> trayendo en la misma bodega del barco de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano y la guillotina a un Estado uninacional y monocultural, centralista y excluyente que no solo desconoce a los pueblos indígenas sino que estuvo siempre en contra de ellos.<sup>164</sup>

A continuación, conoceremos las principales Constituciones que recogen las reivindicaciones sociales que responden a una propuesta social y política; Colombia, Ecuador y Bolivia.

## **1. Reconocimiento Constitucional de los Derechos Indígenas: Casos de Colombia, Ecuador y Bolivia:**

Hasta antes de las reformas constitucionales en la década de 1990, los países andinos fundaban sus Constituciones en la “Teoría Kelseniana sobre la identidad de Estado- Derecho o monismo jurídico. Por ello, toda norma o sistema normativo que no proviniera del Estado o de los Mecanismos autorizados por él, se denominaban “costumbres” y solo era admisible jurídicamente a falta de ley y nunca en contra de ella (en cuyo caso podían configurar delito).”<sup>165</sup>

La concreción de las constituciones andinas se genera a partir de la aprobación del Convenio 169 de la OIT y tal como lo plantea Gargarella, dichos documentos exhiben ahora completas listas de derechos indígenas y adoptan una postura favorable al pluralismo jurídico, como la de Colombia, 1991, Paraguay, 1992, Argentina y Bolivia, 1994 y (2009); Ecuador, 1996 y 1998 (2008); Venezuela, 1999; México, 2001.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> Los pueblos indígenas han adoptado esa denominación común para referirse a América Latina, recogiendo el nombre que le dio el pueblo kuna, de Panamá y Colombia, antes de la llegada de Cristóbal Colón y los europeos. Literalmente, esa expresión significa tierra en plena madurez o tierra de sangre vital, tierra noble que acoge a todos. La denominación *Abya Yala* es símbolo de identidad y de respeto por la tierra que se habita

<sup>164</sup>Santos, Boaventura De Sousa (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. IIDS, La Paz, Plural Editores. Prologo.

<sup>165</sup> Yrigoyen Fajardo, Raquel (2000), *Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y La Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*, *Revista Pena y Estado*. Vol. N° 4. Buenos Aires. Pág. 1

<sup>166</sup>Gargarella, Roberto. (2013). *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción*. Oteaiken, Vol. n°15, pp. 22-32. Pág. 27.

En todos estos documentos podemos encontrar conceptos que definen a las naciones como multiculturales o pluriculturales, “quebrando así el diseño monocultural heredado del siglo XIX.”<sup>167</sup>

La “segunda oleada de Constituciones abiertas al tratamiento de la “cuestión indígena” fue seguida por otro hecho internacional de carácter fundacional: la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por las Naciones Unidas, en el 2007. La Declaración detallaba los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, fijando estándares mínimos al respecto, concentrándose y garantizando su derecho a la diferencia y a su desarrollo económico, social y cultural. Este nuevo y fundamental documento resultaría seguido por las Constituciones más avanzadas en la materia, que fueron las primeras del siglo XXI: Ecuador 2008 y Bolivia 2009.”<sup>168</sup>

La primera constitución en plasmar las propuestas sociales que venían originándose a mediados del siglo XX, fue la Carta Magna Colombiana en 1991.

En el año 2008 se consolidan en Ecuador las bases de los derechos “de la naturaleza y la filosofía del Sumak Kawsay, acto sin parangón en la historia del constitucionalismo mundial, por cuanto la naturaleza es sujeto activo por su dinámica e interrelación con los seres vivos y que un eventual perjuicio a la naturaleza afectaría por igual a las colectividades indígenas.”<sup>169</sup>

En la misma perspectiva preconstitucional, el Pacto de Unidad de los pueblos “indígena originario campesino” creado en Santa Cruz-Bolivia en el año 2004 lograba articular a importantes organizaciones de pueblos indígenas, sindicales, colonos, mujeres campesinas, movimientos sin tierra y afrodescendientes. Esta coyuntura permitió impulsar la Asamblea Constituyente para la promulgación de una Constitución que respete sus costumbres ancestrales en el marco de la plurinacionalidad que caracteriza al Estado boliviano.”<sup>170</sup>

Son estas tres constituciones las precursoras de la diversidad cultural en la región andina. Los cambios que cabe resaltar son fundamentalmente los siguientes: “(i) el reconocimiento del

---

<sup>167</sup> Ídem

<sup>168</sup> Ídem

<sup>169</sup> Hermosilla Mantilla, Hernán. (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Universitas. Revista de Ciencias Sociales y Humanas. Vol. N° 20. pp. 151-182, Pág. 153

<sup>170</sup> Ídem

carácter plurinacional de la nación, y el Estado, (ii) el reconocimiento de los pueblos indígenas y la ampliación de sus derechos, y (iii) el reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario.”<sup>171</sup>

Estas Constituciones emplean el verbo “reconocer” en la medida que “el texto constitucional no está “creando” la jurisdicción indígena, sino que está asumiendo oficialmente su pre-existencia, abriendo las posibilidades de su articulación y coordinación democrática con el sistema judicial nacional y los poderes del Estado. Igualmente posibilita la reducción de la violencia y el caos. Muchos creen que con las reformas constitucionales se va a generar caos por la “creación” de muchos sistemas, pero los textos constitucionales son claros al mencionar que no están creando sino reconociendo algo que ya existe en la realidad social.”<sup>172</sup>

---

<sup>171</sup> Yrigoyen Fajardo, Raquel (2000), Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y La Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador), Revista Pena y Estado. Vol. N° 4. Buenos Aires. Pág. 1

<sup>172</sup> Ibidem. Pág.3

## 2. Elementos Fundamentales del reconocimiento de los Derechos

### Indígenas

#### *a) Caracterización Pluralista del Estado.*

Para los pueblos indígenas es de suma importancia el reconocimiento de la diversidad cultural, puesto que demuestra el valor de una cultura distinta a la impuesta. Es por ello, que las primeras reformas constitucionales en Latinoamérica fueron en torno a la apertura y reconocimiento de la Diversidad Cultural, “porque es el fundamento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como el reconocimiento de los derechos indígenas específicos.”<sup>173</sup>

Este concepto se encuentra consagrado en la Declaración de las Naciones Unidas, en el Artículo 33:

*“Art. 33.I. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven”.*

“Que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a determinar su identidad o pertenencia de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, sin que ello limite el derecho a adquirir la ciudadanía formal del Estado donde está ubicada su colectividad ancestral; así mismo, el Convenio 169 exhorta a los gobiernos para que den a conocer los derechos que les corresponden a esos pueblos indígenas, sobre todo en materia de servicios básicos y sociales.”<sup>174</sup>

Colombia refleja el principio de diversidad étnica y cultural en su artículo 7:

*“Artículo 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.”*

El fin de la norma, tiene el propósito de terminar oficialmente con la política de asimilación del Estado frente a los indígenas, que desde la década de 1980 suscitó el rechazo internacional.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> Ídem

<sup>174</sup> Ibidem. Pág. 12

<sup>175</sup> Samper, Frank. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Sitio Web <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-3.pdf>. Pp. 771- 778. Pág.764

Por su parte el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana del 2008 prescribe:

*“Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.”*

*“Art. 57.14. 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.”*

La Constitución ecuatoriana “nos permite entender que su sistema descentralizado, a través de gobiernos autónomos y gobiernos seccionales, asumirá dentro de sus competencias garantizar los derechos observando la diversidad existente entre las comunidades indígenas.”<sup>176</sup>

Bolivia, en su Artículo 1 define al Estado:

*“Art. 1: Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías.”*

*“Art. 30.1. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:*

*2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.”*

*“Art. 100.I. Es patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos las cosmovisiones, los mitos, la historia oral, las danzas, las prácticas culturales, los conocimientos y las tecnologías tradicionales.”*

“No cabe duda que al incorporar el concepto de diversidad cultural como principio fundamental y rasgo definitorio de un país, contribuye a canalizar y compatibilizar las demandas de pluralidad étnico-cultural con la aspiración de integración política al interior del territorio estatal.”<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup>Hermosilla Mantilla, Hernán. (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Universitas. Revista de Ciencias Sociales y Humanas. Vol. N° 20. pp. 151-182. Pág. 163.

<sup>177</sup>The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, (2010) Análisis Comparado Del Reconocimiento Constitucional De Los Pueblos Indígenas En América Latina, Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N° 2. Sitio Web: <http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PPII.pdf>. Pág. 4.

## *b) Sujetos de reconocimiento:*

Como hemos visto en el capítulo anterior, el concepto de Pueblos Indígenas no está exento de controversia en el ámbito internacional, como tampoco en el “El constitucionalismo latinoamericano, puesto que no existe seguridad en cuanto a la terminología que utiliza para referirse a los pueblos, comunidades o poblaciones indígenas, más que tratarse de un asunto semántico, la noción que se emplee tiene repercusiones jurídicas, puesto que el Derecho Internacional determina estatutos diferentes para cada una de esas categorías; por ejemplo, únicamente a los pueblos se les reconoce el derecho de libre determinación.”<sup>178</sup>

La Constitución colombiana no utiliza un concepto determinado, quedando dicha labor en manos de la Corte Constitucional Colombiana. En este sentido, a diferencia del Derecho Internacional que utiliza la terminología Pueblos indígenas por ser un concepto amplio y vinculante. La Corte Constitucional Colombiana ha empleado el concepto de “comunidades indígenas”, al tener una larga data muy arraigada tanto en los indígenas, en la política y el Estado.

En definitiva, podemos definir “comunidades indígenas” consagrada en el decreto 2001 de 1988,

*“Art. 2: “El conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional como formas de gobierno y control social internos que las distinguen de otras comunidades rurales.”*

El reconocimiento del concepto “comunidad indígena” como sujeto de derechos (fundamentales) propios, surge del principio fundamental del artículo 7 de la CP y constituye una necesaria premisa para su protección. Sin embargo, la Corte Constitucional Colombiana aclara que la comunidad indígena es sujeto de derechos colectivos y no una acumulación de sujetos con derechos individuales que comparten los mismos derechos o extensivos intereses comunes, y les

---

<sup>178</sup> *Ibíd.* Pág. 2

abre de esta manera la protección jurídica, a través de las demandas populares que tienen a su disposición.<sup>179</sup>

Por su parte, la Constitución ecuatoriana plasma en su artículo 56:

*“Art. 56 “Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.”*

A diferencia de lo que ocurre con la Constitución Colombiana, la ecuatoriana solo “se limita a enumerar los sujetos colectivos como comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas, y comunas, todas ellas forman el andamiaje social del Estado”<sup>180</sup>, esto en directa relación con el artículo 1 de la misma Constitución al definir al Ecuador, como un Estado intercultural, plurinacional y laico. De esta manera no deja duda respecto al sujeto de reconocimiento.

En la nueva Constitución Política del Estado de Bolivia se considera como sujeto de reconocimiento:

*“Art. 30.I. Es nación y pueblo indígena originario campesino a toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.”*

Por primera vez en la historia de Bolivia, se introduce el concepto “Pueblo Indígena Originario Campesino”, dicho término es controversial, debido a que “La expresión indígena es preferido por los de tierras bajas y también por aquellos que tienen más en mente su uso favorable en documentos e instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT. Pero otros, sobre todo de la región andina, no se sienten felices con esa expresión por arrastrar todavía la vivencia frustrante de que con ese término o el de “indio” se les insultaba y discriminaba.”<sup>181</sup>

“Surgió así el término alternativo “originario”, que tenía ya ciertos ecos favorables sobre todo en la región andina, donde desde la Colonia se hablaba de “comunidades originarias” y,

---

<sup>179</sup>Idem

<sup>180</sup> Hermosilla Mantilla, Hernán. (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Universitas. Revista de Ciencias Sociales y Humanas. Vol. N° 20. pp. 151-182. Pág. 160

<sup>181</sup> Albó, Xavier & Romero, Carlos. (2009). Autonomías Indígenas En La Realidad Boliviana Y Su Nueva Constitución Carlos Romero y Xavier Albó. Vicepresidencia del Estado, Presidencia del Honorable Congreso Nacional. La Paz, Bolivia. pág. 7

dentro de ellas, la categoría “originario” tenía mayor estatus que otras como “agregado”, “arrimante” o *uta wawa*. Por otra parte, son también muchos, sobre todo andinos y colonizadores, los que siguen prefiriendo el término campesino, desde que con la Revolución y la Reforma Agraria, se optó por esa palabra para evitar las discriminaciones que se asociaban con “indio” o “indígena.””<sup>182</sup>

Para Carlos Romero y Xavier Albó, si la Constitución Política Boliviana hubiera sido elaborada sólo por eruditos juriconsultos de origen urbano occidental, éstos probablemente habrían optado por un único término, conceptualmente quizás más nítido, pero menos expresivo para muchos usuarios populares de esta nueva Carta Magna. Habría sido una solución técnicamente impecable pero didácticamente tal vez menos cercana a esos usuarios. De hecho, la solución salomónica adoptada por los constituyentes - igualmente válida, desde esta perspectiva - ha sido contentar a todos con esa expresión con tres dedos: Indígena Originario Campesino (IOC).<sup>183</sup>

### *c) Derecho Consuetudinario (Derecho Propio)*

El derecho consuetudinario indígena se encuentra en directa relación con el control de la propia institucionalidad, puesto que se funda en el derecho de libre determinación “y está íntimamente relacionado con la identidad cultural de los pueblos indígenas.”<sup>184</sup>

“El Derecho Internacional, al igual que diversas Constituciones, reconoce el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y consagra el derecho de éstos a establecer sus propias normas jurídicas y a hacerlas valer en caso de incumplimiento. En consideración de lo anterior, uno de los principales desafíos del «pluralismo jurídico», consiste en fijar mecanismos que resuelvan eventuales conflictos normativos, por ejemplo: entre el derecho de creación estatal y el

---

<sup>182</sup> Ídem

<sup>183</sup> Ibídem. Pág. 8

<sup>184</sup>The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, (2010) Análisis Comparado Del Reconocimiento Constitucional De Los Pueblos Indígenas En América Latina, Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N° 2. Sitio Web: <http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PPIL.pdf>. Pág. 10

derecho consuetudinario indígena, trátense de situaciones en las que han intervenido personas indígenas como no indígenas.”<sup>185</sup>

El Artículo 246 de la Constitución Política Colombiana manifiesta la jurisdicción especial indígena:

*“Art. 246: 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.”*

Sin embargo, debido a lo poco claro de la disposición, la Corte Constitucional Colombiana ha debido deducir 4 criterios individuales: “(i) La existencia de autoridades asimilables a jueces en los pueblos indígenas; (ii) la facultad de fijar normas y mecanismos; (iii) el sometimiento de la jurisdicción indígena, sus normas y procedimientos, a la Constitución y a la ley, y (iv) la competencia del legislador de coordinar la jurisdicción especial indígena con el sistema jurídico nacional.”<sup>186</sup>

Hasta la fecha el legislador no ha hecho uso de su facultad para coordinar la jurisdicción indígena con el sistema jurídico nacional, dando lugar a la inseguridad jurídica. Esto se debe fundamentalmente que, al momento de presentar demandas individuales, los tribunales de justicia se declaran la mayor parte del tiempo competente para conocer de litigio, con lo que interfieren en la jurisdicción de las autoridades indígenas.<sup>187</sup>

Cabe consignar que la Constitución Colombiana “establece en forma expresa que el derecho estatal tiene mayor jerarquía que el derecho consuetudinario indígena”<sup>188</sup>

Por su parte, la Constitución del Ecuador establece en sus artículos:

---

<sup>185</sup> Ídem

<sup>186</sup> Samper, Frank. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Sitio Web <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-3.pdf>. Pp. 771- 778. Pág.776

<sup>187</sup> Ídem

<sup>188</sup> The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, (2010) Análisis Comparado Del Reconocimiento Constitucional De Los Pueblos Indígenas En América Latina, Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N° 2. Sitio Web: <http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PPII.pdf>. Pág.11

*“Art. 57. 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.”*

*“Art. 57.10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”*

“El Convenio 169 de la OIT, recomienda que la legislación nacional deberá tomar en cuenta las costumbres y derecho consuetudinario de los pueblos indígenas donde se pretenda aplicar sus fallos; algo parecido manifiesta el Art. 8.2. de la misma Convención, pero desde la perspectiva de los pueblos indígenas que tendrán derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con el sistema jurídico nacional.”<sup>189</sup>

La Constitución ecuatoriana, “en el Art. 57.9. exhorta a conservar su forma de organización y ejercicio de autoridad en los términos de posesión ancestral, y en su Art. 57.10. debe aplicar su propio derecho consuetudinario, siempre que no contradiga los derechos constitucionales del Estado.”<sup>190</sup>

La Constitución boliviana consagra una gran cantidad de artículos al Derecho consuetudinario, puesto “las referencias al derecho propio aparecen en casi todos los capítulos y secciones de la Constitución: la definición de formas democráticas, las formas de elección de autoridades, la gestión del agua, los conocimientos, la tierra, la educación, la salud, etc.”<sup>191</sup>

Pero con el objetivo de visualizar hemos elegido los siguientes artículos:

*“Art. 179.I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades.*

---

<sup>189</sup> Hermosilla Mantilla, Hernán. (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Universitas. Revista de Ciencias Sociales y Humanas. Vol. N° 20. pp. 151-182. Pág. 176.

<sup>190</sup>dem

<sup>191</sup> Rodríguez Garavito, César (coordinador) (2011). El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. Pág. 151.

*“Art. 179.II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.”*

“Aunque la función judicial es una sola, según el Art. 179.I., la jurisdicción indígena se ejercerá por sus propias autoridades. Y en el Art. 179.II. manifiesta que la jurisdicción ordinaria y la indígena tendrán igual jerarquía. Conviene aclarar que los dictámenes generados en cualquier jurisdicción indígena originario campesino no solo que serán respetados por las instancias gubernamentales encargadas de la justicia ordinaria, sino que podrán recurrir a las autoridades de la justicia formal para su cabal cumplimiento”<sup>192</sup>

Es por esta razón que la carta fundamental Boliviana le concede mayor relevancia al derecho consuetudinario, incluso por sobre los estándares internacionales, “reconociendo a los pueblos indígenas el derecho “al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión”, en un marco de pluralismo jurídico e interculturalidad y otorgando igual jerarquía tanto a la jurisdicción ordinaria como a la indígena”<sup>193</sup>.

En cuanto a los límites, la Constitución de Bolivia y Ecuador se encuentra supeditado a los derechos humanos o fundamentales a diferencia de lo que ocurre en la Constitución de Colombia, que establece expresamente que el derecho propio indígena se encuentra supeditado a la constitución y a las leyes de la República.

#### *d) Participación Política*

Según diversos autores la naturaleza Jurídica de la Participación Política indígena “es distinta al derecho de sufragio y a participar en elecciones periódicas que tienen todos los individuos. En ese sentido, no basta con reconocer un derecho de consulta, sino que es necesario un real y verdadero «derecho de participación», el que debe reunir tres características básicas: la participación deber ser libre, previa e informada.”<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> Hermosilla Mantilla, Hernán. (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Universitas. Revista de Ciencias Sociales y Humanas. Vol. N° 20. pp. 151-182. Pág. 176

<sup>193</sup>Idem

<sup>194</sup>The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, (2010) Análisis Comparado Del Reconocimiento Constitucional De Los Pueblos Indígenas En América Latina, Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N° 2. Sitio Web: <http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PPII.pdf>. Pág. 5

En principio se trata del deber del Estado de consultar a los indígenas (como sujeto colectivo), “cuando se adoptan medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarlos en forma directa. La consulta previa no es un fin en sí mismo, sino que tiene por objeto asegurar la efectividad y la concreción de los derechos fundamentales a la integridad cultural, social y económica de la comunidad indígena y su subsistencia como grupo social.”<sup>195</sup>

En este sentido la Constitución colombiana en su artículo 330 menciona que:

*“Art. 330. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”*

Por otra parte, dicha demanda también se traduce en “el derecho a ser elegido y a figurar como actor político”<sup>196</sup>. Con respecto a esto último, la Constitución de Colombia:

*“Art. 171. El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.”*

*“Art.176:La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales:*

*4. Las circunscripciones especiales asegurarán la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante estas circunscripciones se elegirán cuatro Representantes, distribuidos así: dos por la circunscripción de las comunidades afrodescendientes, uno por la circunscripción de las comunidades indígenas, y uno por la circunscripción internacional. En esta última, solo*

---

<sup>195</sup> Samper, Frank. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Sitio Web <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-3.pdf>. Pp. 771- 778. Pág.774

<sup>196</sup> Ídem

*se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior.”*

Estos dos artículos reservan cupos especiales tanto para la Cámara de Senadores como para la cámara de Representantes, llevando a cabo el derecho de participación política y otorgando igualdad al momento de la toma de decisiones.

La Constitución ecuatoriana actual, consagra la participación política como un derecho colectivo, donde los representantes que determine la ley pueden figurar frente a los organismos oficiales; mientras que la Consulta previa, como la adopción de una medida legislativa que pueda afectar sus derechos colectivos; la limitación de actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley; la prohibición de actividades extractivas en los territorios de los pueblos en aislamiento, y la garantía de respetar su autodeterminación de permanecer en aislamiento.<sup>197</sup>

Así se encuentra consagrado en el Artículo 57 de la Constitución Política:

*“Art. 57. Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:*

*“Art. 57.VII. 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.”*

*“Art. 57.XVI. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.”*

---

<sup>197</sup> Vega Ugalde, Silvia. (2008) Igualdad Y Diversidad En La Formulación De Los Derechos, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Revisa la Tendencia. Quito, Ecuador. Pp. 87-101. Pág. 95

Esta Constitución “no sólo reconoce la plena participación de los representantes de los pueblos indígenas en la toma de decisiones en los organismos del Estado, sino que amplía y especifica el ámbito de su competencia a las comunidades y nacionalidades indígenas, de conformidad con los convenios e instrumentos internacionales.”<sup>198</sup>

Ahora bien, la Constitución boliviana efectúa un reconocimiento expreso del derecho a la participación en:

*“Art. 26.II. Todas las ciudadanas y ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva.*

*Art. 26.IV.La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios.”*

*“Art. 30.II.15. 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 no renovables en el territorio que habitan”.*

*“Art. 30.II.18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.”*

A diferencia de las constituciones anteriores, en la Constitución boliviana, “los pueblos eligen a sus autoridades de acuerdo a sus mecanismos de elección propios, y en cuanto a las instituciones electivas, Bolivia busca garantizar que los/as representantes indígenas ante las mismas sean elegidos/as mediante sus formas de democracia comunitaria.”<sup>199</sup>

---

<sup>198</sup> Hermosilla Mantilla, Hernán. (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Universitas. Revista de Ciencias Sociales y Humanas. Vol. N° 20. pp. 151-182. Pág.168

<sup>199</sup> Rodríguez Garavito, César (coordinador) (2011). El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. Pág. 152

### *e) Libre determinación*

Este principio rector en los Instrumentos Internacionales de tutela indígena establece que “los pueblos—incluidos los pueblos indígenas— tienen la libertad de determinar su propia condición política y de perseguir su desarrollo económico, social y cultural. El derecho humano colectivo a la libre determinación de los pueblos indígenas implica no sólo reconocer la libertad que éstos tienen para definir su propio estatuto jurídico y político, sino que es el fundamento del ejercicio de los demás derechos que les corresponden, tales como participar políticamente en la toma de decisión sobre asuntos que les interesen o afecten.”<sup>200</sup>

Si bien el concepto de libre determinación de los pueblos es una variable del Derecho Internacional Público, en el ámbito de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es más usual hablar de autonomía.<sup>201</sup>

Para el dirigente indígena ArirumaKowii:

*“Es el derecho del que gozan algunas entidades regionales o territoriales, a las cuales se les concede auto gestionarse y decidir sobre sus propios asuntos. La autonomía debe considerar: Un espacio territorial bajo la figura de jurisdicción, una jurisdicción administrativa-política, un sistema económico y de producción acorde a la realidad de la región, un sistema de educación, cultura, etc. , acorde a la realidad del grupo humano, y un nivel de representación entre la autoridad de la autonomía y las autoridades nacionales”<sup>202</sup>*

Se puede desprender de los instrumentos de tutela internacional, como de las Constituciones estudiadas, que tanto para los dirigentes sociales indígenas y los entendidos en el

---

<sup>200</sup>The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, (2010) Análisis Comparado Del Reconocimiento Constitucional De Los Pueblos Indígenas En América Latina, Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N° 2. Sitio Web: <http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PPII.pdf>. Pág.4

<sup>201</sup> Hermosilla Mantilla, Hernán. (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Universitas. Revista de Ciencias Sociales y Humanas. Vol. N° 20. pp. 151-182. Pág. 164

<sup>202</sup>Idem

tema, el punto de partida de todos los derechos de los pueblos indígenas es la autodeterminación de los pueblos.

Dentro de la constitución colombiana, el principio de autodeterminación se encuentra en las Bases constitucionales del “derecho a la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas en las regulaciones sobre la organización territorial.”<sup>203</sup>

La autonomía de las entidades territoriales se establece en el artículo 287 de la Constitución Política:

*“Art. 287: Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:*

- 1. Gobernarse por autoridades propias*
- 2. Ejercer las competencias que les correspondan*
- 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.*
- 4. Participar en las rentas nacionales.”*

Para Colombia la autonomía en primer lugar “significa para los pueblos y comunidades indígenas autonomía territorial, y describe la autodeterminación sobre una cierta franja de territorial delimitable. Es decir que la autonomía indígena no es concebible sin referencia a un determinado territorio. El ámbito Territorial es la base irrenunciable para la institución y el ejercicio de la autogestión indígena, que incluye entre otros elementos, la elección de autoridades propias y el derecho a jurisdicción especial indígena.”<sup>204</sup>

Por su parte la Constitución ecuatoriana al igual que la colombiana, establece la autodeterminación en relación a la organización territorial:

*“Art. 60. Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura.”*

*“Art. 257. En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejerzan las competencias*

---

<sup>203</sup> Samper, Frank. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Sitio Web <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-3.pdf>. Pp. 771- 778. Pág. 770

<sup>204</sup>Ibidem. Pág. 772

*del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos.”*

Estos artículos “se refieren al derecho que tienen no sólo los pueblos indígenas sino los afroecuatorianos y montubios para constituir sus propias circunscripciones territoriales y la consecuente preservación de sus culturas en el marco de los principios colectivos de interculturalidad y plurinacionalidad,”<sup>205</sup> que consagra la misma Constitución entorno a la diversidad cultural.

No hay duda de que la autonomía impregna toda la Carta Magna ecuatoriana, no solo en cuanto a la organización territorial, sino que hace referencia al uso y propiedad de los recursos naturales, a una educación intercultural bilingüe, a la interculturalidad, autogobiernos, etc.

La Constitución boliviana, “garantiza la libre determinación de los pueblos indígenas en el marco de la unidad estatal.”<sup>206</sup>

*“Art. 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena 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.”*

*Art. 30.II: En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: N°4: A la libre determinación y territorialidad”*

*Art. 290.I. La conformación de la autonomía indígena originario campesina se basa en los territorios ancestrales, actualmente habitados por esos pueblos y naciones, y en la voluntad de su población, expresada en consulta, de acuerdo a la Constitución y a la ley.”*

El reconocimiento Constitucional a la libre determinación, según Raquel Yrigoyen es la base del Estado para respetar la autonomía, y a la designación de sus propias autoridades, provisionar asistencia y recursos para el desarrollo de iniciativas, instituciones y servicios

---

<sup>205</sup> Hermosilla Mantilla, Hernán. (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Universitas. Revista de Ciencias Sociales y Humanas. Vol. N° 20. pp. 151-182. Pág 165.

<sup>206</sup>The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, (2010) Análisis Comparado Del Reconocimiento Constitucional De Los Pueblos Indígenas En América Latina, Pace International LawReview Online Companion, Vol. 2, N° 2. Sitio Web: <http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PII.pdf>. Pág.4

prestados de modo autónomo por los pueblos (como educación, salud) y tomar medidas para evitar y sancionar la intrusión no autorizada de terceros.<sup>207</sup>

El papel de los pueblos indígenas de acuerdo a la opinión de Raquel Yrigoyen es la toma de decisiones de modo autónomo, según su cosmovisión, instituciones y derecho propio, además de promover la mayor participación de sus integrantes, para asegurar la legitimidad de sus decisiones.<sup>208</sup>

### *f) Tierras, territorios y recursos naturales*

Los derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales, están en el centro de las reivindicaciones de los pueblos indígenas, debido a la relación especial que ellos tienen con los espacios que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado. Considerados como derechos colectivos, estos derechos tratan de regular una variedad de situaciones jurídicas, a saber, la propiedad, posesión, ocupación, control, administración, conservación, desarrollo, utilización y acceso a las tierras, territorios y recursos naturales.<sup>209</sup>

La mayoría de las Constituciones latinoamericanas reconocen de alguna u otra manera los aspectos colectivos entre los pueblos indígenas y la tierra.

En Colombia, se encuentra resguardado bajo la figura jurídica del *Resguardo*: “El resguardo es una invención de la época colonial que perdura en el presente. Sin embargo, ya no se condice con las ideas actuales de los indígenas sobre su tierra.”<sup>210</sup>

“La institución de los resguardos se remite al repartimiento español, que era la repartición y asignación de las tierras a los indígenas (...) se trató de la figura de propiedad de la tierra

---

<sup>207</sup> Yrigoyen Fajardo, Raquel Z. (2011) El Derecho a la Libre Determinación del Desarrollo, la Participación, la Consulta y el Consentimiento. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad- IIDS, Publicado en: Aparicio, Marco, ed. (2011): Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina. Icaria. Pág. 30.

<sup>208</sup> *Ibidem*. Pág. 31

<sup>209</sup>The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, (2010) Análisis Comparado Del Reconocimiento Constitucional De Los Pueblos Indígenas En América Latina, Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N° 2. Sitio Web: <http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PPII.pdf>. Pág.6

<sup>210</sup> Samper, Frank. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Sitio Web <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-3.pdf>. Pp. 771- 778. Pág. 767.

comunal para los indígenas (pleno dominio y propiedad) que debía ser no enajenable y que era confirmada mediante el otorgamiento de título sobre las tierras.”<sup>211</sup>

El artículo 63 de la Constitución colombiana, define la propiedad de las tierras comunitarias de los indígenas

*“Art.63: Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”*

La disposición se ve complementada por el artículo 329:

*“Art.329: Inc.2 Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.”*

Se consagra constitucionalmente, de esta manera, la prohibición de vender o gravar las tierras comunitarias indígenas.<sup>212</sup> “El reconocimiento constitucional de la propiedad colectiva del resguardo sirve a la preservación de las culturas indígenas y de sus valores espirituales. La tierra indígena no sólo constituye la base de su subsistencia, sino que al mismo tiempo parte fundamental de su cosmovisión, cultura y religiosidad.”<sup>213</sup>

Respecto de la propiedad de los recursos naturales no renovables en los resguardos, “no es de los indígenas sino del Estado”<sup>214</sup>, consagrado en el artículo 332 de la Constitución:

*“Art. 332: El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.”*

La Constitución ecuatoriana, “garantiza a los pueblos y nacionalidades indígenas conservar la propiedad de sus tierras comunitarias, participar en el uso y conservación de los recursos naturales, a través de la consulta previa tomar decisiones sobre los planes de explotación de recursos naturales que puedan afectarles ambiental o culturalmente.”<sup>215</sup>

---

<sup>211</sup>Ibidem. Pág.768

<sup>212</sup> Ibidem. Pág. 767

<sup>213</sup> Ídem

<sup>214</sup> Ibidem. Pág. 770

<sup>215</sup> Hermosilla Mantilla, Hernán. (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Universitas. Revista de Ciencias Sociales y Humanas. Vol. N° 20. pp. 151-182. Pág. 170

Estas garantías van en consonancia con la Declaración de las Naciones Unidas y el Convenio 169 de la OIT, “que manifiestan el derecho que tienen los pueblos indígenas a sus territorios y recursos que vienen ocupando desde tiempos inmemoriales.”<sup>216</sup>

La Constitución ecuatoriana plasma el Derecho a las tierras, territorios y recursos naturales:

*“Art. 57.4. (...) se garantizará a los pueblos y nacionalidades indígenas: Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles.”*

*“Art. 57.6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.”*

*“Art. 57.7. 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.”*

“En términos generales, y por razones políticas y económicas evidentes, la protección constitucional de los recursos naturales para los pueblos indígenas es menor que la otorgada respecto a las tierras indígenas”<sup>217</sup>, en este sentido Ecuador sólo consagra (i) derecho de participación en la explotación de estos recursos y (ii) el derecho a la consulta respecto de los recursos naturales no renovables.<sup>218</sup>

La Constitución boliviana, por otro lado, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de las tierras en sus artículos:

*“Art. 30.16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.”*

---

<sup>216</sup>Idem

<sup>217</sup>The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, (2010) Análisis Comparado Del Reconocimiento Constitucional De Los Pueblos Indígenas En América Latina, Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N° 2. Sitio Web: <http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PPII.pdf>. Pág.7

<sup>218</sup>Idem

*“Arts. 30.17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio.”*

*“Art. 30.II.6. ...gozarán de los siguientes derechos: “A la titulación colectiva de tierras y territorios. “*

*“Art. 394.III. 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 y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria.”*

En el artículo 30 “incisos 16 y 17 ratifican aquellos derechos que los pueblos indígenas originario campesinos vienen manteniendo por mucho tiempo, esto es, la participación de beneficios generados por la explotación de recursos naturales en sus tierras; además Art. 394.III.estipula que la propiedades colectiva, indivisible, inembargable e irreversible y destaca que “no estará sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria”.<sup>219</sup>

### *g) Tutela constitucional*

Al infundir tutelas efectivas en contra de las infracciones a los Derechos Fundamentales en las comunidades indígenas, se hace efectivo el principio de igualdad entre las personas.

Para Raquel Yrigoyen, existe “el principio del “máximo control posible por parte de los Pueblos Indígenas de sus instituciones, formas de vida y desarrollo”, que se encuentra vinculado al principio de la igual dignidad de los pueblos indígenas, es un principio inderogable y debe ser ponderado al entrar en conflicto con otros principios constitucionales. Este principio está contenido en el Convenio 169 de la OIT (quinto considerando y artículo 7), y

---

<sup>219</sup> Hermosilla Mantilla, Hernán. (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Universitas. Revista de Ciencias Sociales y Humanas. Vol. N° 20. pp. 151-182. Pág. 170

tiene un desarrollo en la Declaración, que explicita el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su modelo de desarrollo. Se debe buscar su cumplimiento en armonía con otros principios y puede ser objeto de ponderación, pero nunca puede ser ignorado o derogado. Este principio orienta la aplicación de los derechos de participación, consulta y consentimiento.”<sup>220</sup>

En esta misma línea, cuando se verifican los derechos de participación, consulta y consentimiento, se constituyen los mínimos intangibles, estos son:

“a) El derecho de los pueblos a su existencia (está prohibido el exterminio de los pueblos indígenas, el genocidio o cualquier forma de afectación de su vida).

b) Integridad física y existencia de medios para su subsistencia (alimentos, territorio). La privación del territorio o las posibilidades de acceder a recursos naturales para alimentarse pueden constituir una amenaza a su integridad física.

c) Integridad cultural: identidad y modo de vida de los pueblos. Si bien hay una indesligable relación entre la integridad física y cultural, la protección de la integridad cultural alude a la identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, sus instituciones y formas de vida de los pueblos indígenas, las cuales se pueden ver afectadas por traslados, migración, actividades extractivas o de infraestructura en sus territorios. Si bien el impacto de estas actividades pueden tener grados, se debe cuidar que no se vulnere la integridad de los pueblos.”<sup>221</sup>

“Así como las personas individuales, los sujetos colectivos no pueden sufrir, bajo ninguna justificación dentro del Estado de Derecho, muerte directa o indirecta o falta de respecto a su dignidad y capacidad. Estos derechos son intangibles, es decir, no cabe siquiera justificar su incumplimiento. Estos derechos constituyen el “piso” o lo mínimo que los Estados deben asegurar en los procesos de participación, consulta y consentimiento, para efectos de la implementación de políticas, proyectos o programas de desarrollo.”<sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> Yrigoyen Fajardo, Raquel Z. (2011) El Derecho a la Libre Determinación del Desarrollo, la Participación, la Consulta y el Consentimiento. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad- IIDS, Publicado en: Aparicio, Marco, ed. (2011): Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina. Icaria. Pág. 22

<sup>221</sup> *Ibidem*. Pág. 23

<sup>222</sup> *Ibidem*

Esto constituye el piso mínimo de tutela constitucional efectiva, sin embargo, los distintos países andinos han enumerado los derechos colectivos protegidos, ya sea dentro de las mismas constituciones o a través de la jurisprudencia.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana a través de la interposición de la acción de protección en diversas sentencias, ha logrado enumerar entre los derechos fundamentales de las comunidades indígenas:

1. “El derecho a la Subsistencia a resultas del derecho a la vida (artículo 11 de la CP)
2. El derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica a resultas del derecho a la integridad física (artículo 12 de la CP) en particular como derecho a la defensa contra la desaparición forzada.
3. El derecho a la propiedad de tierra comunitaria
4. El derecho a la participación en decisiones y medidas que pudiesen afectar a las comunidades indígenas, en particular relacionadas con la extracción de recursos naturales en sus territorios, según el artículo 6.15 de la ley N° 21 de 1991, artículo 330 de la CP (“Consulta previa”)<sup>223</sup>

Se infiere de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana (i) el derecho a la identidad o diversidad y (ii) autodeterminación (autonomía), reclamados y reconocidos en el plano internacional, pero no lo contaría entre los derechos fundamentales, debiéndose configurar en base a los derechos fundamentales ya enumerados.<sup>224</sup>

A diferencia de lo que sucede en Colombia, la Constitución ecuatoriana establece en su artículo 57 el reconocimiento a las garantías constitucionales a los pueblos indígenas:

*“Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:*

*1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.*

---

<sup>223</sup>Samper, Frank. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Sitio Web <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-3.pdf>. Pp. 771- 778. Pág. 766

<sup>224</sup> Ídem

2. *No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.*

3. *El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.*

4. *Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.*

5. *Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.*

6. *Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.*

7. *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. (...)*

La corte Constitucional ecuatoriana, para una adecuada defensa debe proveerse de una apropiada gama de garantías, “éstas son las que permiten a los ciudadanos concurrir ante los jueces o ante las instancias políticas para exigir tales derechos”<sup>225</sup>.

Este procedimiento es a través del recurso de protección, establecido en el artículo 88 de la constitución ecuatoriana, en el que “se ratifica que el amparo procede contra cualquier autoridad pública”<sup>226</sup>, y el recurso de protección extraordinario que procede “contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.” Es decir, este recurso procede en contra de los jueces que hayan dictado sentencias en las que se haya violado los derechos

---

<sup>225</sup> Grijalva, Agustín. (2008) La corte constitucional y el fortalecimiento de las garantías, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Revisa la Tendencia. Quito, Ecuador. Pp. 119-135. Pág.129

<sup>226</sup> Ibidem. Pág.130

reconocidos en la constitución. “Todos estos cambios buscan que el amparo proteja efectivamente los derechos de los ciudadanos contra cualquier acto de violación de sus derechos, sean actos de autoridad pública o decisiones judiciales.”<sup>227</sup>

A diferencia de las Constituciones de Colombia y Ecuador. Bolivia tiene una amplia gama de acciones constitucionales, entre ellas “la Acción de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, de Inconstitucionalidad, la Acción Popular, la Acción de Cumplimiento, y el Recurso Directo de Nulidad”<sup>228</sup>

“El sistema de control constitucional boliviano corresponde a un sistema mixto. La Justicia Constitucional es ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), en ensamble con los juzgados y tribunales competentes de la jurisdicción ordinaria, que conocen las acciones de Libertad, Amparo Constitucional, Protección de Privacidad, Acción Popular, y de Cumplimiento, y remiten de oficio sus resoluciones ante el Tribunal Constitucional para su revisión. El TCP resuelve aprobando o revocando la resolución del Tribunal o Juzgado remitente. Es importante enfatizar que cuando los Tribunales o juzgados de naturaleza ordinaria conocen las Acciones Constitucionales se revisten del carácter de Tribunales de Garantías Constitucionales, y sus resoluciones son obligatorias y de inmediato cumplimiento.”<sup>229</sup>

Los derechos consagrados en la Constitución boliviana no se encuentran en un catálogo enumerado como ocurre con la Constitución ecuatoriana, sino que “incorpora un muy amplio catálogo de derechos y garantías. Entre ellos, derechos de tercera generación como el derecho al agua, y al medio ambiente saludable, protegido y equilibrado.”<sup>230</sup>

“Asimismo, se debe subrayar la importancia de todo un capítulo destinado al reconocimiento de varios derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas, entre ellos, el derecho a la gestión territorial autónoma, el derecho a la identidad cultural y al respeto de sus instituciones, cosmovisión y creencias, el derecho a la consulta previa y obligatoria, etc.”<sup>231</sup>

Esta Constitución a diferencia de las anteriores, posee una acción específica que tiene la finalidad de tutelar los derechos colectivos, nos referimos a la acción popular.

---

<sup>227</sup>Ídem

<sup>228</sup> Pérez Castellón, Ariel. (2013), Justicia Constitucional en Bolivia. Desafíos y Oportunidades para la Tutela de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Conflictos Socioambientales, Revista Catalana de Dret Ambiental Vol. IV. Pp. 1-47. Pág.21

<sup>229</sup> Ibídem. Pág. 22

<sup>230</sup> Ibídem. Pág. 33

<sup>231</sup> Ibídem. Pág. 34

Conforme a la Constitución, la acción popular procede

*“Art. 135: “contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución”.*

“Se puede activar ante cualquier acción u omisión de autoridades o particulares que estén lesionando o haya riesgo de que lesionen los derechos colectivos. En consecuencia, la acción tiene una faz preventiva ante el riesgo de que se produzca el daño al derecho o al bien jurídico protegido, Y tiene por otra parte, una faz de recomposición, restauración del derecho al estado anterior al daño, y/o rectificación de la acción u omisión que genera el daño.”<sup>232</sup>

“En consecuencia, la acción popular es idónea para la exigencia de los derechos de los pueblos indígenas como: la consulta previa y el consentimiento, el ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión, a la territorialidad y a la titulación colectiva de tierras y territorios, al ambiente sano, etc.”<sup>233</sup>

A diferencia de lo que ocurre con la acción de amparo – que no es más que la acción de protección – es una garantía jurisdiccional que protege los derechos fundamentales cuando se restrinjan, supriman o amenacen:

*“Art. 128: La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.”*

Es una acción individual de la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados.<sup>234</sup>

---

<sup>232</sup> Ibidem. Pág. 36

<sup>233</sup>dem

<sup>234</sup> Bolivia. Leyes, e. (2009). Constitución Política Del Estado Plurinacional De Bolivia. Aplicación del Artículo 129. N°1. La Paz.

En consecuencia, la creación de la acción popular en la Constitución boliviana es la vía jurisdiccional idónea “destinada a la tutela de los derechos colectivos.”<sup>235</sup>

---

<sup>235</sup> Pérez Castellón, Ariel. (2013), Justicia Constitucional en Bolivia. Desafíos y Oportunidades para la Tutela de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Conflictos Socioambientales, Revista Catalana de Dret Ambiental Vol. IV. Pp. 1-47. Pág. 40.

## Conclusiones

El objetivo de este trabajo consistió en la exposición del desarrollo de la tutela indígena desde la conquista de América hasta nuestros días, lográndose observar una historia común respecto del tratamiento a los pueblos indígenas en la región.

La cuestión indígena logró que la mayoría de los países latinoamericanos como: “Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela, identifiquen en su articulado derechos a los pueblos indígenas,”<sup>236</sup> sea en mayor o menor medida.

El caso de Argentina, Brasil y Paraguay a pesar de tener una demografía indígena menor (entre un 1%, y 3% de la población total según el BID (Sieder 2011),<sup>237</sup> éstos mantienen el reconocimiento de derechos indígenas en sus Constituciones. Mientras que nuestro país (Chile), por su parte alcanza un 13% de población indígena según el Censo del 2017, y no posee reconocimiento alguno en su Ley fundamental.

En esta última década, se ha observado interés por parte de los grupos de poder en desarrollar la temática. Es así, que durante el año 2008 se ratifica por primera vez el Convenio 169 de la OIT, dicha institución al Gobierno de Chile solicita el año 2010 “que tome las medidas necesarias para adecuar la legislación nacional con el Convenio núm. 169, de manera que se consultara a los pueblos indígenas en el caso de proyectos de inversión susceptibles de afectarlos directamente.”<sup>238</sup>

Durante el año 2015 Chile da inicio al proceso constituyente con miras a una deliberación ciudadana que busca la creación de las bases de una Nueva Constitución. La culminación de este proceso fue a través del proyecto de reforma constitucional para Chile, ingresada durante marzo del 2018.

Este nuevo texto, reconoce la existencia de los pueblos indígenas:

---

<sup>236</sup>The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, (2010) Análisis Comparado Del Reconocimiento Constitucional De Los Pueblos Indígenas En América Latina, Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N° 2. Sitio Web: <http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PPII.pdf>, Pág. 1.

<sup>237</sup>Aylwin, José. Los Derechos De Los Pueblos Indígenas En América Latina: Avances Jurídicos Y Brechas De Implementación. Revista de los Derechos Humanos de los grupos vulnerables. Vol. XI, pp.275-300. Pág. 288

<sup>238</sup> CEPAL (2014). Los pueblos Indígenas en América Latina, Avances en el ultimo decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Naciones Unidas. Pág. 53

*“Art. 4.-La soberanía reside en la Nación y en sus diversos pueblos indígenas. Su ejercicio se realiza por los ciudadanos a través de las elecciones y los plebiscitos que esta Constitución y las leyes establecen, así como por los órganos y autoridades públicas en el desempeño de sus cargos. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.”*

El artículo 4 dentro del Capítulo I, esto es “Disposiciones Fundamentales del Orden Constitucional” caracteriza la pluralidad del Estado Chile, reconociendo la diversidad cultural de la nación.

*“Art. 5.-El Estado reconoce a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la Nación chilena, obligándose a promover y respetar su integridad de tales, así como sus derechos y su cultura. Los pueblos indígenas participarán como tales en el Congreso Nacional, mediante una representación parlamentaria, cuyo número y forma de elección serán determinados por una Ley Orgánica Constitucional”*

La naturaleza jurídica del artículo 5, no debe ser entendida sólo en relación al “derecho de sufragio y a la participación en elecciones periódicas,”<sup>239</sup> sino que debe incorporarse dentro de las exigencias requeridas por el Convenio 169 de la OIT, es decir, que la participación procede también en la consulta indígena debiendo ser libre, previa e informada.

*“Art.22.-Todo habitante de la República debe respeto a Chile, a sus emblemas nacionales y a los emblemas de sus pueblos indígenas.”*

Finalmente, el artículo 22, dice relación con la manifestación del Derecho a la Cultura.

El proyecto de reforma Constitucional no menciona la existencia de una tutela judicial efectiva en cuanto a una acción propia por parte de la colectividad indígena, como si pudimos observar en Bolivia y Ecuador, sin embargo, al propiciar su reconocimiento como una nación distinta con entidad cultural propia y pertenecientes al Estado chileno, les brinda protección en caso de vulneración de sus derechos.

No ha sido menos importante que, durante las elecciones parlamentarias del año 2017 es elegida por primera vez en la historia la diputada Emilia Nuyado, que viene a representar el pueblo mapuche- huilliche, no estando exenta de polémica al interpelar al ministro del interior Andrés

---

<sup>239</sup>Supra, Capítulo III, pág. 56

Chadwick durante el año 2018 por el asesinato del comunero mapuche Camilo Catrillanca, en extrañas circunstancias por Carabineros de Chile.

Interesante serán las interrogantes que surjan en la discusión del proyecto de reforma constitucional, por ejemplo: ¿se cumplirán los estándares internacionales impuestos por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de los pueblos Indígenas?, ¿Se definirá el concepto de pueblo indígenas en la Constitución chilena, como lo hizo Bolivia y Ecuador, o quedará a criterio del Tribunal Constitucional chileno, o a través de la jurisprudencia chilena?, la Tutela de los pueblos indígenas, ¿será a través de acciones individuales o colectivas, a través de la acción de protección u otros mecanismos creados para dicho fin?, ¿la representación política será en consideración al porcentaje de la población o en consideración de la etnia?, entre otras.

Las interrogantes sólo se podrán resolver a medida que la discusión comience, los pueblos indígenas en Chile desde la conquista de América han sorteado obstáculos para el ejercicio de sus derechos, es momento que esto cambie.

## **Bibliografía**

1. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (1994). Manual de Historia del Derecho Indiano. México: Universidad nacional Autónoma de México.
2. ANDRÉS SANTOS, Francisco & AMEZÚA AMEZÚA, Luis. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XLI, pp. 341-358.
3. GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge. (2012). El derecho consuetudinario indígena en México. Enero 20,2017, de Archivos Jurídicos de la Universidad Autónoma de México Sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/195/10.pdf>.
4. ROBLEDO, Federico Justiniano. (2002). Tutela Constitucional De Los Derechos De Nuestros Pueblos Indígenas. Ius et Praxis, 195-216. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000200007>
5. BERNAL GÓMEZ, Beatriz. (2015). El derecho indiano, concepto, clasificación y características. Ciencia Jurídica, Vol. 4, Nº. 1, pp. 183-193.
6. BERRAONDO, Mikel (coordinador). (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En pueblos Indígenas y Derechos Humanos pp. 537-567. Universidad de Deusto: Instituto de Derechos humanos.
7. BOCCARA, Guillaume & SEQUEL-BOCCARA, Ingrid. (1999). Políticas Indígenas en Chile (Siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo (el caso mapuche). Revistas de Indias, Vol. LIX, pp. 742-774.
8. CUJABANTE, Ximena. (2012). Los pueblos Indígenas en el Marco del Constitucionalismo Latinoamericano. Revista Análisis Internacional, vol.5, pp. 209-230
9. GARGARELLA, Roberto. (2013). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción. Oñeaitken, Vol. n°15, pp. 22-32.
10. CLAVERO, Bartolomé. (1994). Derecho Indígena y cultura constitucional en América. México: Siglo XXI.
11. BENGUA, José. (2000). La emergencia indígena en América Latina. Santiago, Chile: Fondo de Cultura Económica.

12. Preámbulo, Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos, United Nations
13. CASTRO, Milka, (2016) "Cátedra Derecho Indígena", Apuntes de Clases Universidad de Chile.
14. VILLORO, Luis. (1999). Estado plural, pluralidad de culturas. México: Universidad Autónoma de México.
15. JELLINEK, G. (1943), Teoría General del Estado, Argentina. Editorial Albatros.
16. KLOT, Sofía. (2004). El constitucionalismo latinoamericano y la protección de los Derechos Indígenas. Enero 20, 2017, de Universidad de Montevideo Sitio web: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Klot-El-constitucionalismo-latinoamericano-y-la-proteccion-d-elos-derechos-indigenas.pdf>
17. ARTEAGA JARA, Andrés, (2007) Los Derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento internacional: la declaración de las naciones unidas, Universidad de Concepción, Chile.
18. BERRAONDO, Mikel (coordinador). (2006). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo pp. 133-151. Universidad de Deusto: Instituto de derechos humanos.
19. GALVIS, María Clara, & RAMÍREZ, Ángela. (2003). Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas. Estados Unidos: Fundación para el Debido Proceso Legal.
20. Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas (2003), Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, sitio web: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/268/nuevo-trato-indigena.pdf?sequence=1>, Vol.III · Tomo III Capítulo 3
21. GRUESO CASTELBLANCO, Libia Rosario (2011), El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada, Sitio Web: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602.pdf>.
22. GARCÍA HIERRO, Pedro (2001). Territorio Indígena: Tocando a las puertas del Derecho. Revista de Indias vol. LXI, núm. 223
23. KELSEN, Hans (1979), Teoría General del Estado, México, Editorial Nacional
24. STAVENHAGEN, Rodolfo & ITURRALDE, Diego (compiladores). (2012) Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina México: Instituto Indigenista Interamericano
25. Asamblea General de las Naciones Unidas, (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas. A/RES/61/295

26. ZALAQUETT DAHER, José. (2008). La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Anuario de Derechos Humanos,

27. CHARTERS, Claire & STAVENHAGEN, Rodolfo (compiladores), (2010), El Desafío De La Declaración Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas, Dinamarca. pp. 194-209.

28. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, (2007) Asamblea General de las Naciones Unidas.

29. ARTEAGA JARA, Andrés. (2007) Los derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento internacional: La Declaración de las Naciones Unidas. Universidad de Concepción. Concepción.

30. The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, (2010) Análisis Comparado Del Reconocimiento Constitucional De Los Pueblos Indígenas En América Latina, Pace International Law Review Online Companion, Vol. 2, N° 2. Sitio Web: <http://www.redunitas.org/ANALISIS%20CONSTITUCIONAL%20COMPARADO%20PPII.pdf>.

31. UNICEF, Derechos Indígenas Sitio Web: [https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos\\_indigenas.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf).

32. ACEVEDO VICENCIO, Karen. (2010), El Reconocimiento Del Derecho Propio Indígena. Situación actual en Chile, en el Derecho Comparado e Internacional. Derechos al agua y geotérmicos. Caso Toconce y El Tatio. Universidad de Chile. Santiago.

33. VICIANO PASTOR, Roberto & MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2010) Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Revista General de Derecho Público Comparado, Vol. N°9, pp. 1-43.

34. VICIANO PASTOR, Roberto & MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. (2010) Fundamentos Teórico y prácticos del nuevo constitucionalismo, Gaceta Constitucional, Vol. N°48, pp. 307-328.

35. VICIANO PASTOR, Roberto & MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2010) ¿Se puede hablar de un Nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?, España. Universidad de Valencia. Sitio Web: [http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Rube%C2%A6%C3%BCn-Marti%C2%A6%C3%BCnez-Dalmaq.-Se-puede-hablar-de-un-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-como-corrente-doctrinal-sistematizada.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Rube%C2%A6%C3%BCn-Marti%C2%A6%C3%BCnez-Dalmaq.-Se-puede-hablar-de-un-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-como-corrente-doctrinal-sistematizada.pdf).

36. LASCARRO CASTELLAR, Carlos (2012). La hegemonía (neo) constitucional a la estrategia del nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Vol. 9. Manizales. Colombia. pp. 58-69.

37. GARGARELLA, R. (2005). "Acerca de Barry Friedman y "el constitucionalismo popular mediado". Revista jurídica Universidad de Palermo. Pags. 161-168.

38. SANTOS, Boaventura De Sousa (2010). Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. IIDS, La Paz, Plural Editores. Prologo.

39. MÉDICI, Alejandro, (2010) El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador, Derecho y Ciencias Sociales; Vol. no. 3, pp.3-24.

40. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2000), Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y La Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador), Revista Pena y Estado. Vol. N° 4. Buenos Aires.

41. HERMOSILLA MANTILLA, Hernán. (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la

42. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Universitas. Revista de Ciencias Sociales y Humanas. Vol. N° 20. pp. 151-182

43. SAMPER, Frank. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Sitio Web <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-3.pdf>. Pp. 771- 778.

44. ALBÓ, Xavier & ROMERO, Carlos. (2009). Autonomías Indígenas En La Realidad Boliviana Y Su Nueva Constitución Carlos Romero y Xavier Albó. Vicepresidencia del Estado, Presidencia del Honorable Congreso Nacional. La Paz, Bolivia.

45. RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coordinador) (2011). El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

46. VEGA UGALDE, Silvia. (2008) Igualdad Y Diversidad En La Formulación De Los Derechos, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Revisa la Tendencia. Quito, Ecuador. Pp. 87-101.

47. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011) El Derecho a la Libre Determinación del Desarrollo, la Participación, la Consulta y el Consentimiento. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad- IIDS, Publicado en: Aparicio, Marco, ed. (2011): Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina. Icaria.

48. GRIJALVA, Agustín. (2008) La corte constitucional y el fortalecimiento de las garantías, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Revisa la Tendencia. Quito, Ecuador. Pp. 119-135.

49. PÉREZ CASTELLÓN, Ariel. (2013), Justicia Constitucional en Bolivia. Desafíos y Oportunidades para la Tutela de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Conflictos Socioambientales, Revista Catalana de Dret Ambiental Vol. IV. Pp. 1-47.

50. Bolivia. Leyes, e. (2009). Constitución Política Del Estado Plurinacional De Bolivia. Aplicación del Artículo 129. N°1. La Paz.

51. AYLWIN, José. Los Derechos De Los Pueblos Indígenas En América Latina: Avances Jurídicos Y Brechas De Implementación. Revista de los Derechos Humanos de los grupos vulnerables. Vol. XI, pp.275-300.

52. CEPAL (2014). Los pueblos Indígenas en América Latina, Avances en el ultimo decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Naciones Unidas.