



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias del Derecho

**RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN
IBEROAMÉRICA: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO ENTRE CHILE Y MÉXICO
A LA LUZ DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL
TRABAJO**

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

CATALINA PERALTA PONCE

Profesor guía: Oscar Dávila Campusano

Santiago

2022

Índice

Resumen.....	5
Introducción	6
Capítulo I: Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes	7
1. Principales derechos consagrados en su texto	8
1.1. Derecho a la consulta previa	8
1.2. Derecho a la libre determinación	11
1.3. Derechos colectivos de propiedad y posesión de sus tierras y derecho a los recursos naturales existentes en estas.....	14
1.4. Derechos económicos, sociales y culturales	18
2. Ratificación e implementación en Chile.....	22
3. Ratificación e implementación en México	32
Capítulo II: Reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas en México	34
1. Constitución Federal de los Estado Unidos de México.....	35
1.1. Breve reseña de la situación de los pueblos indígenas previo a la Constitución de 1917	35
1.2. Constitución Política de los Estado Mexicanos de 1917.....	37
1.2.1. Reforma Constitucional de 1934.....	39
1.2.2. Reforma Constitucional de 1992.....	39
1.2.3. Reforma Constitucional de 2001.....	41
2. Legislación Indígena en los Estados Unidos de México.....	42
2.1. Legislación Indígena Federal previo al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas	42
2.2. Legislación Indígena Federal posterior al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas	44
2.3. Legislación Indígena Estatal previo al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas	49
2.4. Legislación Indígena Estatal posterior al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas	53
3. Análisis de la legislación indígena mexicana a la luz del Convenio 169 de la OIT ..	66
Capítulo III: Legislación Indígena en Chile.....	69

1. Breve referencia a la legislación indígena anterior a la Ley N°19.253	70
2. Ley N°19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas	79
3. Legislación indígena posterior a la Ley N°19.253.....	82
3.1. Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994)	85
3.2. Ley N°20.249 que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios o Ley Lafkenche (2008)	89
3.3. Ley N°21.045 que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio (2017).....	92
3.4. Ley N°21.070 que regula el ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el territorio especial de Isla de Pascua (2018).....	95
4. Análisis de la Legislación Indígena chilena a la luz del Convenio 169 de la OIT	99
Capítulo IV: Proyectos de Reforma Constitucional en Chile para el reconocimiento de los pueblos indígenas.	101
1. Proyecto de Ley de Reforma Constitucional del Presidente Patricio Aylwin de 1991	103
2. Proyecto de Ley de Reforma Constitucional del Diputado Francisco Huenchumilla de 1999	104
3. Proyectos de Reforma Constitucional en el gobierno del Presidente Ricardo Lagos (2000-2007).....	105
4. Proyecto de Ley de Reforma Constitucional de la Presidenta Michelle Bachelet de 2007.....	106
5. Proceso constituyente iniciado en el segundo gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet	112
6. Proyecto de Ley de Reforma Constitucional de la Diputada Emilia Nuyado de 2018	117
7. Breve análisis sobre los proyectos de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas	123
Capítulo V: Reconocimiento Constitucional de los pueblos indígenas en la discusión en la Convención Constitucional para la redacción de la nueva Constitución Política de la República en Chile.....	126
1. Convención Constitucional	126
2. Participación de los Pueblos Indígenas en la Convención Constitucional	128
3. Artículos sobre Pueblos Indígenas aprobados por el Pleno de la Convención Constitucional.....	133
4. Análisis del borrador constitucional a la luz del Convenio N°169 de la OIT.....	155
4.1. Derecho a la Consulta Previa:	156
4.2. Derecho a la Libre Determinación:	158

4.3. Derechos colectivos de propiedad y posesión de sus tierras y derechos a los recursos naturales existentes en estas.....	162
4.4. Derechos económicos, sociales y culturales	163
Conclusiones	168
Bibliografía.....	170

Resumen

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, fue adoptado en el año 1989, consagrando a favor de los pueblos indígenas y tribales, principalmente, los derechos de consulta previa, libre determinación, derechos colectivos de propiedad y posesión de sus tierras, derecho a los recursos naturales existentes en estas y derechos económicos, sociales y culturales, constituyendo un instrumento internacional de vital importancia dado que aporta a la comunidad internacional un marco común para la realización de los derechos indígenas¹. Además, con este tratado se deja atrás la filosofía de la asimilación que caracterizaba a las políticas existentes hasta ese momento.

Chile ratificó este convenio en el año 2008 luego de casi diecisiete años de discusiones legislativas, debido a las aprensiones de ciertos sectores respecto a las repercusiones económicas que podría provocar el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas. Por su parte México lo ratificó en el año 1990, siendo uno de los primeros países latinoamericanos en adoptarlo.

Dadas las obligaciones adquiridas al ratificar este instrumento internacional, podría considerarse que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas es un paso fundamental para comenzar a cumplirlas, y así lo hizo México reconociéndolos en el año 1992 en su Constitución Federal. Por otro lado, Chile a doce años de su ratificación aún no logra consolidar dicho reconocimiento constitucional a pesar de los múltiples proyectos de reforma constitucional desde el retorno a la democracia.

Sin embargo, el reconocimiento constitucional a veces no alcanza para cumplir con los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT y es necesario además contar con un desarrollo legislativo fuerte para el efectivo reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos.

¹ Infra, Capítulo I, p. 6

Introducción

En este trabajo se expondrá la situación de los pueblos indígenas en Chile y México a lo largo de la historia republicana de ambos países, a fin de tratar de dilucidar por qué en nuestro país ningún proyecto de reforma constitucional para el reconocimiento de dichos pueblos ha prosperado, mientras que en México se les reconoció muy tempranamente, casi en paralelo con los movimientos indigenistas que surgieron a fines de la década de 1980 y comienzos de 1990. Dicha exposición se hará teniendo como punto de referencia el Convenio 169 de la OIT, tratado internacional sobre derechos de los pueblos originarios considerado el más importante, ratificado por ambos países, México primero y Chile después.

Para lo anterior, en primer lugar, se exhibirán los principales derechos consagrados en el texto del Convenio 169, para luego dar a conocer cómo ha sido el cumplimiento por parte de ambos estados de las obligaciones contenidas en dicho instrumento internacional.

Más adelante, se dará a conocer la legislación indígena de ambos países, destacando el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas con que cuenta México y si dicho reconocimiento responde a lo exigido por el Convenio 169.

También se analizarán los principales proyectos de reforma constitucional para el reconocimiento de nuestros pueblos originarios, buscando determinar si dichos proyectos cumplían con el estándar internacional sobre pueblos indígenas, destacando que ninguno de ellos llegó a puerto.

Finalmente se presentará el trabajo que ha llevado adelante la Convención Constitucional para la redacción de una nueva carta fundamental, considerando que se entregó el primer borrador de la propuesta constitucional luego del trabajo de las comisiones temáticas. Dicha exposición se considera importante dados los escaños reservados para pueblos indígenas en los puestos de convencionales constituyentes y la gran cantidad de normas que hacen referencia a los pueblos indígenas y sus derechos en el borrador de la propuesta constitucional, y debido a que es necesario analizar si dichos artículos se enmarcan dentro de las obligaciones que tiene Chile como estado parte del Convenio 169.

Capítulo I: Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el año 1989 y consiste en un tratado internacional de carácter vinculante, lo que significa que los Estados que lo ratifican se comprometen a adecuar su legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Convenio. Según la OIT, este texto junto con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, “constituyen la culminación de años de discusiones y negociaciones entre gobiernos y pueblos indígenas, y se trata un logro histórico que aporta a la comunidad internacional un marco común para la realización de los derechos de los pueblos indígenas”². Además, es considerado “el tratado internacional vinculante de mayor relevancia que establece derechos colectivos en favor de los pueblos indígenas”³.

La OIT decidió abordar el tema de los pueblos indígenas dado el surgimiento del movimiento indígena de la década de 1980, que tenía entre sus principales demandas el reconocimiento de su autonomía y libre determinación⁴. Es por esto que la adopción de este Convenio fue un suceso importante para estos pueblos, ya que deja atrás la filosofía de la asimilación que inspiraba a su antecesor, el Convenio N°107 de la OIT⁵. Ambos instrumentos tienen notables diferencias⁶, que hacen que el Convenio N°169 tenga la importancia que hoy tiene y que reflejan una nueva concepción de los pueblos indígenas que permitió un tránsito

² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). (2009). Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT, p. 91. En: HERVÉ, Dominique y PÉREZ, Sergio. (2012). Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales. El Convenio 168 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 23.

³ Contesse, Jorge. (2012) Presentación de El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chile, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, p. 11

⁴ Gaete, Lucía. (2012) El Convenio N°169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa. Revista Ius et Praxis, Año 18, N°2. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 81.

⁵ Ibidem, p. 82.

⁶ Gaete destaca las siguientes: “Las diferencias principales entre el Convenio N° 107 y el Convenio N° 169 tienen que ver con la concepción que se tiene de los pueblos indígenas, como sociedades temporales destinadas a desaparecer con la modernización o como grupos sociales permanentes. También en la denominación de tales grupos, para uno poblaciones, para el otro pueblo. Y en cuanto al fin de la política que contiene, el Convenio N° 107 buscaba la asimilación de los pueblos, en cambio en el Convenio N° 169 reconoce la diversidad étnica y cultural y la respeta. Mereminskaya agrega que el Convenio N° 169 eleva el estándar de protección al formular derechos, a diferencia del Convenio N° 107 que consagraba políticas públicas recomendadas”.

desde el reconocimiento de los derechos individuales de la población indígena al reconocimiento expreso de derechos colectivos de estos pueblos. Esto es posible afirmarlo ya que “en general, todas las disposiciones del Convenio se refieren a los indígenas como sujeto colectivo (‘pueblos interesados’) y solo excepcionalmente asigna derechos directamente a los individuos que los componen”⁷.

Según Claudio Fuentes y Maite de Cea, este Convenio “marcó un nuevo derrotero internacional al reconocer la identidad de los pueblos originarios, aspecto que ningún Estado o grupo social puede ya desconocer”⁸. Agregan que “lo anterior implica tanto la responsabilidad de desarrollar acciones para proteger sus derechos por parte de los Estados, como el deber de estos de consultar a los pueblos cada vez que se tomen medidas legislativas o programas que los afecten”⁹.

Para ilustrar medianamente lo que implica el reconocimiento del Convenio 169, es necesario dar a conocer los principales derechos consagrados en él y lo que cada uno de ellos involucra.

1. Principales derechos consagrados en su texto

1.1. Derecho a la consulta previa

El derecho a la consulta previa se encuentra establecido en forma genérica en el artículo 6 del Convenio 169¹⁰, de acuerdo al cual, este derecho debe aplicarse cada vez que se contemplen medidas que afecten a los pueblos. De esta forma, “su alcance es amplio y no queda circunscrito, como ocurre con las primeras regulaciones chilenas a algunos casos que la autoridad califique como objeto de consulta”¹¹.

⁷ Maquilón, Diana. (2012). Los Derechos Sociales en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismo y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 124.

⁸ Fuentes, Claudio, & Cea, Maite de. (2017). Reconocimiento débil: derechos de pueblos indígenas en Chile. *Perfiles latinoamericanos*, 25(49), 55-75. <https://doi.org/10.18504/pl2549-003-2017>, pp. 4-5

⁹ Ibidem, p. 5

¹⁰ Contesse, Jorge. (2012). El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismo y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 193.

¹¹ Ibidem, p. 194

Sin embargo, el Convenio 169, también contempla la consulta previa en ámbitos particulares, en los siguientes artículos¹²:

- Artículo 15.2: Derechos e intereses de los pueblos indígenas a la administración de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios cuando el Estado sea dueño de los recursos mineros presentes en el subsuelo.
- Artículo 17: Casos en que se considere la capacidad de los indígenas para enajenar sus tierras.
- Artículo 22.3: Organización y funcionamiento de programas de formación profesional y respecto del establecimiento de estándares mínimos de instituciones de educación creadas por indígenas.
- Artículo 28.1: Deber de los Estados de explorar medidas alternativas para que los niños indígenas aprendan la lengua vernácula cuando sea posible enseñárselas.

Siguiendo a Contesse, “en todos estos casos, el Convenio dispone de manera expresa la necesidad de consultar a los ‘pueblos interesados’; esta necesidad debe entenderse vigente ‘a todo evento’, en tanto la norma del artículo 6 es de aplicación general y señala que las consultas se deben hacer ‘cada vez’ que se prevean medidas que les puedan afectar”¹³.

Este mismo autor considera que de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio 169, para que los estados cumplan a cabalidad con el derecho de consulta a favor de los pueblos indígenas, esta debe cumplir con ciertas características¹⁴, las que se enumeran a continuación:

- 1) Debe realizarse cada vez que se prevean medidas: ya sea administrativas o legislativas, siempre que afecten “directamente” a los pueblos indígenas.

¹² Ídem.

¹³ Ídem.

¹⁴ Ibidem, pp. 194-201

Respecto a esta característica, Contesse sostiene que la expresión “medidas administrativas o legislativas” no debe ser interpretada en forma restrictiva, toda vez que el sentido y fin del tratado internacional es aumentar y no restringir la participación de los indígenas en los asuntos que les afecten.

- 2) La consulta debe ser previa: esto implica que la obligación de realizar la consulta que recae sobre el Estado se da una vez que esté dentro de su agenda llevar adelante alguna medida que afecte directamente a un pueblo indígena.
- 3) La consulta debe hacerse de buena fe: De esta forma, los procedimientos de consulta deben ser conducidos para atender las razones de los pueblos indígenas, ponderarlas y, de ser necesario, cambiar de opinión. De este mismo modo, los pueblos indígenas también deben estar dispuestos a modificar sus posturas originales.
- 4) La consulta debe realizarse mediante procedimientos adecuados: o sea, debe efectuarse mediante procedimientos que efectivamente permitan a los pueblos indígenas manifestar sus pareceres. Sin embargo, el Convenio 169 no establece cómo sería un procedimiento adecuado, por ende son los Estados los encargados de definir, a través de su normativa interna, los procedimientos que cumplan con estas exigencias, en particular con lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio según el cual los Estados deben adoptar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.
- 5) La consulta debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas: Estas instituciones representativas, deben ser determinadas por los propios indígenas a través de sus procedimientos internos de toma de decisiones, sin corresponderle al Estado determinar quiénes son estas.

Asimismo, es importante que el Estado arbitre los medios para que puedan determinar libremente esa representación y para que, una vez iniciada la consulta, se asegure a los

interesados que las decisiones que adopten sus representantes tengan la legitimidad necesaria para valer como voluntad del pueblo que ha de comparecer a la consulta.

- 6) El objetivo de la consulta es llegar a acuerdo o lograr el consentimiento: Por ende, no está diseñada para informar a los pueblos afectados de las medidas que se quieran adoptar, o solo para recabar opiniones.

Para Manuel Nuñez, el derecho de consulta “no es un privilegio que permita una tiranía de las minorías, sino que se trata de una suerte de derecho de participación política que busca, ni más ni menos, el consenso y el buen gobierno”¹⁵. Y el mismo autor añade: “La consulta no es entonces un privilegio injustificado. Lo que pretende esta suerte de privilegio es evitar los conflictos; en otras palabras, es un instrumento que facilita la gobernabilidad. Dado que históricamente se ha demostrado que los conflictos que se ha intentado solucionar de otro modo no se han arreglado, que los instrumentos de participación de que disponemos no han servido y que el problema existe –está presente y es urgente– y parece que va a seguir existiendo por largo tiempo, necesitamos facilitar la gobernabilidad en ciertos lugares del país, donde podría ser más compleja que en otros”¹⁶.

1.2. Derecho a la libre determinación

Este derecho se encuentra consagrado en los artículos 7, 8 y 9 del Convenio 169, los que se refieren a lo siguiente:

- Derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (artículo 7).
- Derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos reconocidos (artículo 8 y 9).

¹⁵ Núñez, Manuel. (2012). Comentario a El derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su Implementación en Chile. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 236.

¹⁶ Ídem.

De este modo, el derecho a la libre determinación significa que “los pueblos indígenas son quienes deben tomar las decisiones sobre los asuntos que afecten su vida y su futuro”¹⁷.

En la práctica para los Estados cumplir con este derecho tiene importantes dificultades ya que muchas veces los asuntos sobre los cuales los pueblos indígenas deben tomar decisiones son los mismos sobre los cuales el Estado tiene un fuerte interés por decidir¹⁸.

Según Laura y Ryan Seelau, “para manejar estas tensiones es necesario definir claramente el concepto de libre determinación, saber qué formas puede tomar y cómo se puede transferir el control desde el Estado hacia el pueblo indígena”¹⁹.

Si bien en el Convenio no se utilizó la expresión “libre determinación”, el contenido de este derecho se encuentra omnipresente en este tratado internacional²⁰. Incluso, la OIT explica que uno de los objetivos centrales del Convenio es “fijar las condiciones necesarias para el autogobierno y (...) ofrecer medios para que los pueblos mencionados puedan mantener o asumir la gestión de sus vidas y destinos propios”²¹.

Con el concepto de libre determinación se termina con la política de asimilación que precede al Convenio 169, lo cual se refleja a lo largo de su articulado, que da mayor control a los pueblos indígenas sobre diversos asuntos mediante mecanismos de consulta, participación, control indígena, responsabilidad indígena y cooperación²², “con el fin de asegurar que los pueblos indígenas interesados tengan incidencia en las leyes, las políticas y los programas que les afecten”²³.

¹⁷ Seelau, Ryan & Seelau, Laura. (2012). Implementación del Derecho a la Libre Determinación Indígena en Chile. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 244.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Ibidem, p. 245

²⁰ Ídem.

²¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), “Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un manual”, www.ilo.org. En: Seelau, Ryan & Seelau, Laura. (2012) Implementación del Derecho a la Libre Determinación Indígena en Chile. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 245 - 246.

²² Seelau, Ryan & Seelau, Laura. (2012). Implementación del Derecho a la Libre Determinación Indígena en Chile. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 246.

²³ Ídem.

La razón por la que se excluyó el término “libre determinación”, del Convenio 169, fue para evitar que se interpretara como un sinónimo del derecho a la independencia²⁴. “Si se hubiera apoyado esa interpretación, los Estados con poblaciones indígenas importantes nunca hubieran dado su apoyo al Convenio, por el temor de poner en riesgo su integridad territorial”²⁵. Sin embargo, como ya mencionamos el derecho a la libre determinación indígena se encuentra comprendido a lo largo del Convenio y su exclusión literal no obsta a que los Estados deban respetar y propender a la libre determinación de sus pueblos indígenas, sin que se entienda por ello que éstos tienen derecho a la independencia²⁶.

Matías Meza-Lopehandía, respecto del clima de conflicto que puede generarse, sostiene que “no se trata de la creación de un Estado dentro de un Estado o que se separa de este, sino de un ámbito territorial en que los pueblos indígenas pueden dirigir por sí mismos su vida interna, a través de instituciones y costumbres propias”²⁷. Por su parte Andrés Román señala que “es un error pensar que se está violentando al Estado al reconocer la libre determinación indígena (...) Debemos reconocer en la autodeterminación un derecho inherente al ser humano, que busca conectar a un pueblo indígena con su orden interno, sin romper las fronteras del Estado”²⁸.

El derecho a la libre determinación “puede versar sobre diversas áreas como el desarrollo, la educación, la salud, la organización y estructura interna del pueblo, la administración de

²⁴ Ibidem, p. 248.

²⁵ Ibidem, pp. 248 - 249.

²⁶ Según los autores Seelau, la libre determinación del Convenio 169 es *interna*, de acuerdo a la siguiente distinción: “*La libre determinación externa es aquella reconocida en el PIDCP y el PIDESC, donde el ejercicio del derecho tiene como consecuencia la independencia y formación de un nuevo Estado. En cambio, la libre determinación interna rompe con el significado tradicional al implicar un ejercicio del mismo derecho pero no la formación de un nuevo Estado, sino la creación de espacios y oportunidades para permitir a los pueblos indígenas determinar libremente sus futuros dentro de los Estados en que viven*”. Sin embargo, esta distinción no ha estado exenta de debate ya que hay quienes consideran que el derecho a la libre determinación es el mismo para todos. Entre quienes sostienen esta posición se encuentra el ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, quien afirma que cuando un Estado se niega a crear las oportunidades adecuadas para el ejercicio de la libre determinación interna, se puede concluir que a los pueblos indígenas se les ha negado el derecho a vivir en una democracia, con lo cual resurge la cuestión de la independencia.

²⁷ Meza-Lopehandía, Matías. (2010). Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas. Observatorio Ciudadano. En: Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125- 162, p. 139

²⁸ Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 139

justicia, el uso y manejo de los recursos naturales, la legislación y la creación de normas”²⁹, entre otros temas abarcados en el derecho internacional y que afectan la vida y el futuro de los pueblos indígenas³⁰.

Respecto a quién corresponde ejercer este derecho, parece obvio responder que a los pueblos indígenas, sin embargo, es más correcto decir que quienes deben ejercerlo son las instituciones representativas de estos pueblos, los que deben definir e identificar estas instituciones a través de su organización sociopolítica interna³¹.

1.3. Derechos colectivos de propiedad y posesión de sus tierras y derecho a los recursos naturales existentes en estas

Estos derechos colectivos comprenden el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en estas tierras, según lo establecido en los artículos 13, 14, 15 y 16 del Convenio.

De acuerdo a estos artículos, la propiedad como derecho colectivo a las tierras, los territorios y los recursos que hay en estos, deberá “reconocerse”, por ende, este derecho existía con anterioridad al Convenio, no nace con él³². Es así como el artículo 14 del Convenio consagra el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente han ocupado los pueblos indígenas, así como también las que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que tradicionalmente han tenido acceso³³. De acuerdo con esto los Estados deben determinar cuáles son aquellas tierras donde los pueblos indígenas pueden ejercer estos derechos y crear procedimientos para la reivindicación de tierras cuando corresponda.

²⁹ Seelau, Ryan & Seelau, Laura. (2012). Implementación del Derecho a la Libre Determinación Indígena en Chile. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 256.

³⁰ Ídem.

³¹ Ídem.

³² Hervé, Dominique y Pérez, Sergio. (2012). Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales. El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 25.

³³ Ídem.

Además de las normas ya mencionadas, es importante mencionar los artículos 17 y 18 del Convenio, los que se refieren al respeto de “las modalidades de transmisión de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, a impedir que personas extrañas se aprovechen de sus costumbres o de su desconocimiento de las leyes para apropiarse de sus tierras, y al establecimiento de sanciones apropiadas para estos casos”³⁴.

Los autores Hervé y Pérez citan a Salgado y Gomiz, quienes destacan que “la especial protección constitucional e internacional de los pueblos indígenas y el carácter público de su propiedad imponen un conjunto de normas relativas a los recursos naturales que no guardan semejanzas con las del derecho privado, y que tienen como finalidad la protección de la vida e identidad colectivas (...). Es que el principal fundamento de estos derechos no se encuentra sólo en la ‘propiedad’, con sus resonancias de derecho privado, sino en la libre determinación”³⁵. Es así como en el artículo 15 del Convenio se otorga a los pueblos indígenas el derecho a los recursos naturales de sus territorios y a participar en su utilización, administración y conservación³⁶.

Es importante que este último artículo se lea a la luz de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Convenio, “que exigen la consulta a los pueblos indígenas y su participación en la formación, implementación y evaluación de los planes desarrollo que los afecten”³⁷.

Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 16 del Convenio, este derecho opera aun cuando sus títulos no hayan sido reconocidos por el Estado, dado que dicha norma dispone que los pueblos indígenas no deberán, en circunstancias normales, ser trasladados de las tierras que “ocupan”³⁸. De aquello además se desprende que, para poder reubicar a los pueblos indígenas, se deberá contar con su consentimiento previo, para lo cual deberán comprender y aceptar cabalmente el significado y las consecuencias del desplazamiento³⁹. A este respecto Hervé y Pérez, sostienen que “el consentimiento requerido es ‘de los pueblos’, de lo que se

³⁴ Ibidem, p. 26

³⁵ Ibidem, p. 27.

³⁶ Ídem.

³⁷ Ibidem, p. 28

³⁸ Ibidem, p. 30

³⁹ Ídem.

desprende que la negociación debe ser colectiva, debido a la relación comunitaria que tienen los indígenas con sus tierras, territorios y recursos naturales⁴⁰. Sin embargo, puede ocurrir que la reubicación sea inevitable, y en aquellos casos los Estados deberán contar con procedimientos adecuados para llevarla a cabo, y los pueblos desplazados deberán tener siempre la garantía de retornar a sus tierras, en cuanto deje de existir la causa por la que debieron desplazarse, si es que aquello efectivamente cesare. De lo contrario, los pueblos indígenas reubicados tendrán derecho a recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente⁴¹. Y, de todas formas, los pueblos podrán preferir un estatuto jurídico distinto o tierras diferentes, así como también otras formas de pago, siempre que elijan libre y debidamente informados. Además, los pueblos indígenas deberán ser indemnizados por los perjuicios y daños que pueda causar el desplazamiento, sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales⁴².

Cuando los recursos naturales sean de propiedad del Estado, o éste ejerza derechos sobre aquellos, el Convenio 169 reconoce a los pueblos indígenas el derecho a consulta “antes de la prospección o explotación de los recursos, el derecho a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos, y el derecho a indemnización” por los daños que aquello les ocasionare⁴³.

Por otro lado, el artículo 13 del Convenio, según los mismos investigadores “exige a los Estados el respeto de las particularidades con que los pueblos indígenas se relacionan con sus tierras y territorios, especialmente en lo que se refiere al aspecto colectivo de sus derechos. Tal reconocimiento tiene por objeto asegurarles lo necesario para su supervivencia como pueblo⁴⁴, y se podría afirmar que a través de este artículo el Convenio 169 “consagra la protección del territorio indígena y se refiere al valor espiritual de tales territorios⁴⁵, los que son definidos como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Podríamos decir que esto es así dado que el vínculo que tienen los

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ibidem, p. 31

⁴² Ídem.

⁴³ Ibidem, p. 99

⁴⁴ Ibidem, p. 24

⁴⁵ Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 141

pueblos indígenas con los recursos naturales y con las tierras en donde estos se encuentran, es mucho más profunda y espiritual y va más allá de la relación meramente productiva que en general tiene la cultura occidental con estos recursos. Sin embargo, este vínculo se ha visto profundamente perjudicado desde que sus territorios fueron conquistados.

Según la profesora Nancy Yáñez, al asumir que los pueblos indígenas se relacionan de un modo distinto con los recursos naturales, se deberían considerar dos cuestiones fundamentales: “i) que el derecho de los pueblos indígenas sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales no solo tiene que ver con el derecho de propiedad, sino también con el derecho a establecer sus prioridades en materia de desarrollo, derecho que se reconoce en el artículo 7 del Convenio 169; y ii) que efectivamente, con este precepto el Convenio 169 se pone a la altura de los otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular de las normas homólogas del PIDCP y el PIDESC, que conciben el derecho a la libre determinación de los pueblos como el derecho a ejercer el control sobre los recursos naturales necesarios para asegurar su subsistencia (en ambos art. 1, inciso 2)”⁴⁶.

Para Yáñez, del derecho indígena a participar de los beneficios de la explotación de los recursos naturales, se colige el reconocimiento de que estos constituyen parte del capital social de los pueblos indígenas, y que así ha sido desde tiempos inmemoriales⁴⁷. A lo que agrega que “si aceptamos que esos recursos naturales forman parte del patrimonio indígena y que con cargo a ellos han desarrollado sus culturas, debemos concluir que, cuando el legislador reconoce estos derechos, prioriza el derecho ancestral de los pueblos indígenas sobre sus recursos y, por tanto, a pesar del derecho eminente del Estado, estipula un mecanismo de consulta y participación que les permite seguir ejerciendo la gobernanza de tales recursos por la vía de acceder a los beneficios de su explotación”⁴⁸. De acuerdo con esto, el derecho a la indemnización por los daños ocasionados a las comunidades indígenas no requiere

⁴⁶ Yáñez, Nancy. (2012) Comentario a Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 104.

⁴⁷ Ibidem, p. 108.

⁴⁸ Ibidem, pp. 108 y 109.

modificación de la ley interna, ya que basta con aplicar las normas de responsabilidad civil extracontractual establecidas en nuestro Código Civil⁴⁹.

Del artículo 13 N°2 del Convenio, donde se señala que el término “tierras” incluye el de “territorios”, se desprende que aquel término no se condice con las normas tradicionales del derecho civil⁵⁰. Y esto es así dado que las tierras “incluyen algo más de lo que puede constar en una inscripción de dominio que figure en un régimen registral de propiedad”⁵¹. Según Manuel Matta, “esta dimensión del concepto sirve como criterio de interpretación para no ampliar ni restringir los derechos de los pueblos indígenas más allá de lo debido”⁵².

1.4. Derechos económicos, sociales y culturales

Gran parte de los derechos de los pueblos indígenas son de esta índole y se encuentran consagrados en los artículos 20 a 31 del Convenio 169, dentro de los cuales se incluyen derechos laborales vinculados al empleo, la seguridad social y salud, la educación y acceso a medios de comunicación.

El derecho a la educación se encuentra consagrado entre los artículos 26 a 31 del Convenio. En relación a este, “el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas el igual disfrute y goce de los derechos que son titulares, no siendo la etnia o pertenencia a una comunidad indígena motivo para no disfrutar de la misma esfera de protección de un derecho, en contraposición al resto de la sociedad”⁵³.

La falta de acceso a una buena educación que han tenido históricamente los pueblos indígenas ha influido en la situación de marginalidad y vulnerabilidad en que muchas veces se encuentran. Para referirse a esto Diana Maquilón destaca que la OIT “ha señalado que el

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Matta, Manuel. (2012). Comentario a Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 113.

⁵¹ Ídem.

⁵² Ídem.

⁵³ Maquilón, Diana. (2012). Los Derechos Sociales en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismo y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 129.

problema de los pueblos indígenas en relación con la educación no reside solo en su baja calidad o en la falta de acceso a educación formal, sino también en que los contenidos y objetivos de los planes educacionales no cumplen con los estándares establecidos por la normativa internacional⁵⁴. Por otro lado, los programas y políticas educacionales en distintos Estados fueron fundamentales para lograr la asimilación de los pueblos indígenas, en claro desmedro de su cultura, intereses y derechos.

Para que los Estados implementen el derecho a la educación establecido en el Convenio, Maquilón siguiendo a la OIT, señala tres aspectos principales⁵⁵: (i) los aspectos individuales y colectivos del derecho a la educación, (ii) la calidad de la educación de los pueblos indígenas, y (iii) la necesidad de reducir la discriminación y los prejuicios existentes contra los pueblos indígenas a través de la educación.

Es así que considerar el derecho a la educación como uno meramente individual no es suficiente para satisfacer y garantizar las necesidades de los pueblos originarios, los que en esta materia tienen derechos y necesidades de índole colectiva⁵⁶.

Se puede afirmar que para que los Estados cumplan con satisfacer el derecho a la educación a sus pueblos indígenas, es necesario que aseguren la participación de estos en el desarrollo de las políticas educacionales, les otorguen una educación de calidad, y tienen el deber de abandonar las antiguas prácticas de asimilación y en cambio adquirir programas dirigidos a un reconocimiento integral, de la cultura, identidad y lengua indígenas⁵⁷. Por otro lado, se reconoce en el Convenio el derecho de los pueblos indígenas de crear en forma autónoma su institucionalidad educativa, para lo cual los Estados deben otorgar el pertinente apoyo financiero a las comunidades para que puedan crear sus propios centros y establecimientos educacionales, cumpliendo con ciertos mínimos nacionales⁵⁸.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 132

⁵⁵ *Ibidem*, p. 133

⁵⁶ *Ídem*.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 136

⁵⁸ *Ídem*.

Además de lo ya expuesto en materia de educación, también en el Convenio se consagra que la educación de los pueblos indígenas sea de calidad. En relación con esto Maquilón cita al Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, quienes señalan que una educación de calidad es aquella “que cuenta con recursos suficientes, es sensible desde el punto de vista cultural, respeta el patrimonio histórico, tiene en cuenta la seguridad e integridad culturales, contempla el desarrollo individual y comunitario y está diseñada de manera que su puesta en práctica sea viable”⁵⁹. Respecto a esto, del Convenio se puede desprender que para que la educación indígena sea de calidad, debe existir respeto por la diversidad cultural y lingüística de las comunidades indígenas⁶⁰ y, se debe otorgar por parte de los Estados “un nivel de educación que permita a los integrantes de los pueblos indígenas desenvolverse en pie de igualdad tanto al interior de su propia comunidad como en la sociedad nacional”⁶¹.

De todo esto se colige que la educación entregada por los Estados debe ser intercultural, lo que significa que debe atender a la “necesidad de incorporar en los programas educativos materias culturalmente apropiadas para garantizar la conversación, la transmisión y el desarrollo de los conocimientos indígenas”⁶². Lo anteriormente expuesto se encuentra establecido en los artículos 28 y 29 del Convenio, y según la OIT estos consagran tres obligaciones para los Estados⁶³: (i) la incorporación en la malla curricular de los conocimientos, historia, valores y aspiraciones de los pueblos indígenas, (ii) el acceso a los conocimientos y aptitudes generales, y (iii) educación bilingüe y dominio de idiomas indígenas.

Otro aspecto importante respecto a la educación es la necesidad de reducir los prejuicios y discriminación existentes en contra de los pueblos indígenas⁶⁴, lo cual se encuentra

⁵⁹Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, “Estudio sobre la experiencia adquirida y las dificultades con que se tropieza...”, párr. 2. En: Maquilón, Diana. (2012). Los Derechos Sociales en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismo y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, pp. 137 - 138

⁶⁰ Maquilón, Diana. (2012). Los Derechos Sociales en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismo y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 138

⁶¹ídem.

⁶² ídem.

⁶³ OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT”, pp. 133-134. En: Maquilón, Diana. (2012). Los Derechos Sociales en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismo y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismo y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 138

⁶⁴ Maquilón, Diana. (2012). Los Derechos Sociales en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismo y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 139

consagrado en los artículos 30 y 31, los que dan un papel preponderante a los medios de comunicación en el entendido de que son estos los que pueden informar a las comunidades indígenas sobre sus derechos y capacidades y de esta forma se asegure el pleno goce de los derechos de los cuales son titulares⁶⁵, y además es a través de estos que se puede educar a la sociedad en general con el objeto de disminuir y eliminar los prejuicios contra la cultura y el idioma indígenas⁶⁶.

Otro derecho que cabe dentro de este ítem es el derecho a la salud, consagrado en los artículos 7, 24 y 25 del Convenio, de acuerdo a los cuales los Estados deben proporcionar servicios integrales que tengan un enfoque intercultural, para lo cual es necesario contar con programas de salud que propendan a esto y con personal de salud capacitados para identificar la pertenencia étnica y las posibles implicancias que esto tendrá para la propuesta de un examen y tratamiento⁶⁷.

En materia de contratación y empleo según el autor mexicano Francisco López, los Estados deben adoptar medidas especiales para con sus pueblos indígenas, y de esta forma garantizar la protección de sus derechos, así como condiciones de trabajo dignas⁶⁸. Estas medidas que se deben adoptar deben propender a combatir la discriminación de los trabajadores indígenas y garantizarles “el acceso al empleo en igualdad de condiciones, remuneración igual por igual trabajo, acceso a la seguridad social – como asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, vivienda, entre otras -, derecho de asociación, prohibición de someter a los indígenas a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, proscripción de las contrataciones coercitivas y la servidumbre por deudas, igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, penalización del hostigamiento sexual y creación de servicios adecuados de inspección en lugares donde labore población indígena”.⁶⁹

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Ídem, pp. 139 y 140

⁶⁷ Ídem, p. 152

⁶⁸ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, H. Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 101.

⁶⁹ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, H. Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, pp. 101-102.

Por otro lado, los pueblos tienen el derecho de que “al aplicarse la legislación nacional de los estados se tomen debidamente en cuenta sus usos y costumbres o derecho consuetudinario (...); tienen el derecho de conservar sus instituciones, siempre que no contradigan los derechos fundamentales contenidos en la legislación nacional y el derecho internacional. Deben establecerse los mecanismos para solucionar los conflictos que pudieran surgir por la aplicación del derecho indígena en iguales circunstancias que la legislación nacional estatal”⁷⁰.

2. Ratificación e implementación en Chile

Chile ratificó el Convenio 169 de la OIT en el año 2008, después de 17 años de discusiones, siendo dicha ratificación una de las demandas que los pueblos indígenas mantenían desde el regreso de la democracia⁷¹.

Se puede sostener que el Convenio 169 es un tratado internacional de derechos humanos y que por lo tanto el Estado de Chile tiene la obligación de respetar y promover los derechos garantizados en él, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República.

La ratificación del Convenio 169, fue una de las promesas que, en 1989, el entonces candidato presidencial, Patricio Aylwin, les hizo a representantes de los pueblos indígenas, a través del Acuerdo de Nueva Imperial, semanas antes de la primera elección presidencial tras la dictadura militar⁷².

El principal obstáculo con el que se encontró la ratificación de dicho instrumento internacional en su tramitación, fueron las “aprensiones sobre el alcance del concepto ‘pueblos’, su relación con el derecho a la libre determinación, y los efectos que ello pudiera

⁷⁰ Ibidem, p. 103.

⁷¹ Contesse, Jorge. (2012). El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su Implementación en Chile. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chile. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 191.

⁷² Contesse, Jorge. (2012). Presentación de El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chile. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 11

producir en la estructura político-administrativa del país y en los derechos de los no indígenas”⁷³, todo lo cual llevó a una larga revisión parlamentaria.

Sin embargo, los problemas no se acabaron con la ratificación del Convenio, ya que su implementación no ha estado exenta de trabas, dado que muchas veces el cumplimiento de las disposiciones de este instrumento va en contra de los intereses del Estado y de particulares, principalmente económicos.

Es así como, por ejemplo, la consulta previa ha sido muchas veces la piedra de tope para proyectos de inversión que afectan a pueblos indígenas y a sus tierras, proyectos que antes no tenían mayores limitaciones para explotar dichas áreas del territorio nacional. Esto lo ilustró muy bien el expresidente del Consejo Minero, Joaquín Villarino, quien en el año 2013 sostuvo que: “la aplicación del Convenio ha sido un desastre. En el Congreso no se dieron cuenta de lo que están aprobando dado que la forma en que se ha aplicado el Convenio ha sido un obstáculo para el desarrollo de la industria minera. Ningún país minero ha aprobado este Convenio”⁷⁴.

A su vez, el derecho a la libre determinación establece una apertura jurídica que, siguiendo a Castro, “ha dado lugar a unos de los mayores retos de los Estados, el tener que reconocer la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en su interior, estos es reconocer el Pluralismo Jurídico”⁷⁵. Esto significa para el Estado hegemónico la obligación y el desafío de reconocer la autonomía de estos pueblos como principal expresión de la libre determinación.

Por su parte, en cuanto al derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, este también es y ha sido un desafío importante para el Estado ya que, como dice la profesora Nancy Yáñez “preservan un sistema particular de vida y costumbre arraigado a la tierra, los pueblos

⁷³ Gaete, Lucía. (2012). El Convenio N°169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa. *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N°2, pp. 77-124. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 101

⁷⁴ Villarino, Joaquín. (2013). Presidente Ejecutivo del Consejo Minero le pasa la factura a sus colegas de la industria energética y a los empresarios agrícolas. *El Mostrador*. Recuperado el 28 de noviembre de 2013, de <http://www.elmostradormercados.cl/sin-editar/presidente-ejecutivo-del-consejo-minero-le-pasa-factura-a-sus-colegas-de-la-industria-energetica-y-a-empresarios-agricultores/>. En: Fuentes, Claudio, & Cea, Maite de. (2017). Reconocimiento débil: derechos de pueblos indígenas en Chile. *Perfiles latinoamericanos*, 25(49), 55-75. <https://doi.org/10.18504/pl2549-003-2017>, p. 8

⁷⁵ Castro, Milka. (2010). Los Pueblos Indígenas en Latinoamérica: Entre la movilización y el derecho. *Revista del CESLA*, vol. 1, núm. 13, pp. 197-210. Varsovia, Polonia, p. 202

indígenas tienen una relación distinta con los recursos naturales, que no solo se determina por su apropiación sino también por su significación espiritual y simbólica. Por cierto, este no es el tipo de relación que promueve el modelo económico vigente en Chile, que, por el contrario, se basa en la extracción y exportación de recursos naturales”⁷⁶.

Siguiendo a Contesse “la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT presenta problemas teóricos y prácticos que han de abordarse para que el país cumpla con sus compromisos internacionales, para empezar, y sobre todo para que las expectativas que los propios pueblos indígenas han puesto en el derecho no se deshagan, minando la autoridad y la legitimidad social que las normas jurídicas están llamadas a tener”⁷⁷.

A continuación, veremos en concreto cómo ha sido la implementación en Chile de los principales derechos consagrados en el Convenio 169:

- a) Derecho a la consulta previa: una vez que este instrumento entró en vigencia en nuestro país, el gobierno de Michelle Bachelet publicó el decreto supremo N°124, del Ministerio de Planificación, de 2009, que regulaba la consulta y participación de los pueblos indígenas. Sin embargo, dicho decreto no cumplía con las características descritas en el apartado anterior, ya que restringía el ámbito de aplicación de la consulta y participación de los pueblos indígenas. Por esta y otras razones el 15 de noviembre de 2013 se promulgó el decreto supremo N°66, del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio 169 y deroga la normativa antes mencionada, estableciendo, según se indica en su encabezado, la definición de materias esenciales para la implementación de un proceso de consulta como lo son el procedimiento, las etapas mínimas que debe contemplar todo proceso de consulta, los plazos y la identificación de los intervinientes.

⁷⁶ Yáñez, Nancy. (2012). Comentario a Adecuación de la legislación interna de los estándares impuestos para la administración de recursos naturales. El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismo y obstáculos para su implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, p. 102

⁷⁷ Contesse, Jorge. (2012). Presentación de El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chile. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 13

Este decreto supremo define la consulta en su artículo 2° como *“un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento”*.

Este Decreto fue complementado con la dictación del Decreto N°40, “que reglamenta lo relativo a proyectos de inversión en territorios indígenas, los cuales serán sometidos a evaluación según lo establecido en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”⁷⁸.

Con esta nueva normativa pareciera ser que nuestro derecho interno se hace cargo del derecho de consulta como lo establece el derecho internacional, a diferencia del decreto anterior que solo entendía a la consulta como un procedimiento a través del cual los pueblos indígenas podían expresar su opinión y que solo procedía respecto de determinadas medidas.

Sin embargo, “ambos instrumentos fueron duramente criticados por las organizaciones indígenas, por ser considerados inconsultos e ilegítimos, careciendo en su elaboración de la participación de los pueblos sin ajustarse a los estándares mínimos internacionales, vulnerando los derechos establecidos”⁷⁹ en el Convenio 169.

- b) Derecho a la libre determinación: En relación a este derecho, los investigadores Laura y Ryan Seelau consideran que el derecho interno chileno carece de un mecanismo para establecer gobiernos indígenas o zonas de autonomía⁸⁰, y dado que “la creación de nuevas instituciones gubernamentales está estrechamente restringida y regulada”,

⁷⁸ Aguas, Javier & Nahuelpan, Héctor. (2019). Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche. Revista CUHSO, CULTURA-HOMBRE-SOCIEDAD, Vol.29, Núm. 1, pp. 108-130, p. 116

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ Seelau, Ryan & Seelau, Laura. (2012). Implementación del Derecho a la Libre Determinación Indígena en Chile. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 258

según la Constitución y la ley vigente, la creación de nuevas instituciones gubernamentales con jurisdicción sobre un territorio definido no es una vía factible para ejercer la libre determinación⁸¹. Sin embargo, esto no quiere decir que los pueblos indígenas no puedan influir en estas instancias o procesos gubernamentales, “pero la soberanía estatal predomina y no existe una vía, con sanción legal, para el establecimiento del autogobierno ni de la autonomía”⁸².

Los autores sostienen que, ante la falta de un marco jurídico para el autogobierno indígena, lo que queda es la opción de delegar el control sobre áreas temáticas definidas⁸³, tal como ocurre con la Ley 20.249 (Ley Lafchenke) de 2008, que crea el espacio costero marino de pueblos indígenas, dándole a la asociación de comunidades que lo solicite el derecho de administrar conjuntamente el espacio marítimo designado, según un “plan de administración” elaborado por las mismas comunidades. Es así como esta ley “representa un importante avance en cuanto a la apertura de espacios para el ejercicio de la libre determinación”⁸⁴.

Otro ejemplo que se podría mencionar en este aspecto es el artículo 35 de la Ley Indígena que, estableciendo una corresponsabilidad entre el Estado de Chile y los pueblos indígenas, señala que, en la administración de las áreas silvestres protegidas, ubicadas en las áreas de desarrollo indígena, se considerará la participación de las comunidades ahí existentes⁸⁵.

También como ejemplo de la libre determinación en nuestro país, tenemos a la Ley N°19.253, que creó a la Conadi, organismo estatal que se encarga de promover coordinar y ejecutar la acción del Estado a favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas⁸⁶, y que hasta el día de hoy sigue siendo el único órgano estatal específicamente dedicado al tema indígena⁸⁷. Su órgano principal es el Consejo

⁸¹ Ídem.

⁸² Ibidem, p. 259

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Ibidem, pp. 259-260

⁸⁵ Ibidem, p. 261

⁸⁶ Ibidem, p. 267

⁸⁷ Ídem.

Nacional, compuesto por representantes de los cuatro pueblos principales de Chile: mapuche, aymara, atacameño y rapa nui. Sin embargo, si bien esta ley sigue siendo una de las principales vías de participación indígena, para gran parte de la población indígena esta institución carece de legitimidad⁸⁸ y por ende no es para ellos representativa. Esto se debe por un lado a que los representantes deben ser aprobados en última instancia por el Presidente de la República y por otros eventos históricos que han debilitado al Consejo⁸⁹.

Esta Ley también creó las Áreas de Desarrollo Indígena, que son “espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizan su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades”. Si bien los objetivos de las ADI deberían ser otorgar una adecuada gestión con protagonismo indígena y el autodesarrollo y/o autogestión de los pueblos indígenas, no existe un mandato o procedimiento específico para llevar a la práctica estos objetivos, y de todas formas la experiencia al respecto es diferente en cada ADI⁹⁰.

- c) Derechos colectivos de propiedad y posesión de tierras y derecho a los recursos naturales existentes en estas: Este es uno de los derechos en relación al cual ha habido más conflictos en cuanto a su implementación, debido que a diferencia de la relación que tienen los pueblos indígenas con la tierra y sus recursos naturales, el modelo económico vigente en Chile se basa en la extracción y exportación de recursos naturales. Según Yáñez, “hay consenso en que un problema estructural de la estrategia de desarrollo en economías emergentes como la nuestra es que el modelo se sustenta en la explotación primaria de recursos naturales. A ello se suma el crecimiento desmedido de determinados sectores productivos, lo que genera tensiones en otros recursos naturales y vuelve insostenible la misma industria. Un ejemplo paradigmático lo constituye la expansión de la gran minería en Chile, cuya presión sobre recursos

⁸⁸ ídem.

⁸⁹ ídem.

⁹⁰ ídem.

hídricos y energéticos pone en cuestión la sustentabilidad de esa actividad y la de los recursos naturales que la hacen viable”.⁹¹

Por otro lado, “el concepto legal de tierra indígena no incluye los recursos que se encuentren en ella, y de acuerdo a la legislación nacional, ser propietario de una tierra no implica ser dueño de las aguas ni de los minerales que se encuentren en tales tierras”⁹². Esto, según Andrés Román, “tiene consecuencias negativas para los pueblos indígenas, pues en la práctica el hábitat indígena puede estar fragmentado y jurídicamente desprotegido”⁹³. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a este tema reconociendo el derecho de territorio indígena en el caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tigngi vs Nicaragua (2001)⁹⁴, respetando que para los pueblos indígenas la propiedad de sus territorios ha sido tradicionalmente concebida de manera colectiva y reconociendo la propiedad ancestral indígena, en virtud del uso y la posesión de las tierras⁹⁵.

La profesora Yáñez sostiene que para responder a las preguntas de “cómo se incorpora el Convenio 169 al derecho interno y qué implicancias tiene esa incorporación en materia de exigibilidad de los derechos indígenas sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales”⁹⁶, se debe discutir en primer lugar si el sistema jurídico internacional y el ordenamiento jurídico interno son independientes o están interconectados, y la jerarquía de las normas de derecho internacional en el ámbito interno⁹⁷. Respecto de la primera interrogante, señala que, “si se supone que ambos sistemas son interdependientes, para interpretar las normas en el ámbito nacional se

⁹¹ Yáñez, Nancy. (2012). Comentario a Adecuación de la legislación interna de los estándares impuestos para la administración de recursos naturales. El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismo y obstáculos para su implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, p. 102

⁹² Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 142

⁹³ Ídem.

⁹⁴ Román destaca los siguientes argumentos de la Corte interamericana de Derecho Humanos: “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra”; “la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.”

⁹⁵ Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 142.

⁹⁶ Yáñez, Nancy. (2012). Comentario a Adecuación de la legislación interna de los estándares impuestos para la administración de recursos naturales. El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismo y obstáculos para su implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, p. 106

⁹⁷ Ídem.

deben usar los estándares internacionales” y que por lo tanto para su implementación no es necesario iniciar un proceso largo y costoso para adecuar al Convenio la legislación interna y las prácticas nacionales⁹⁸, a diferencia de lo que afirman algunos autores que asumen una tendencia dualista, conforme a la cual el sistema jurídico internacional y el nacional no se encontrarían conectados, supeditando las normas del derecho internacional a las del derecho interno⁹⁹. La tesis de que los sistemas jurídicos nacional e internacional son interdependientes, es la que sigue la jurisprudencia de los tribunales internacionales y de modo incipiente la jurisprudencia nacional¹⁰⁰.

De acuerdo con lo anterior, las normas del Convenio 169, dentro de las cuales se encuentra el derecho sobre las tierras y los recursos naturales, no deben someterse a las normas de derecho interno y menos a las normas sectoriales como algunos pretenden. Así las cosas, es posible afirmar que el Estado de Chile no está obligado a cambiar su normativa interna para que se entienda que está cumpliendo con el Convenio 169, solo debe asegurarse que el derecho interno se aplique conforme a éste, teniéndolo a la vista al momento de interpretar las leyes que afecten los intereses de los pueblos indígenas, lo que se encuentra consagrado en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política, que dispone que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes se entienden incorporados a ella.

Por otro lado, el derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales no se reduce a los que yacen en las tierras de su propiedad¹⁰¹. Así lo ha establecido la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales, reconociéndole “a los pueblos indígenas derechos sobre los recursos naturales aun cuando se encuentren en ‘terrenos’ de las comunidades indígenas que no están inscritos como de dominio privado de dichas comunidades o sus miembros, asumiendo un concepto amplio de territorio”¹⁰².

⁹⁸ Ídem.

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ Corte Suprema, Sentencias Rol 258-2011 y Rol 14343-2016.

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² Yáñez, Nancy. (2012). Comentario a Adecuación de la legislación interna de los estándares impuestos para la administración de recursos naturales. El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismo y obstáculos para su implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, p. 107. La profesora Yáñez destaca que así lo ha establecido la jurisprudencia al reconocer el derecho de propiedad ancestral al agua de la comunidad atacameña de Toconce, y también el de la comunidad aymara Chusmiza-Usmagama (Corte Suprema, caso *Comunidad Indígena Toconce vs. ESSAN S.A.*, Rol 986-

Lo planteado por Yáñez se contrapone con lo señalado en dos ocasiones por el Tribunal Constitucional¹⁰³, que, si bien reconoce la constitucionalidad de las disposiciones del Convenio 169, ha dicho que varias de ellas, como las referidas a los derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en las tierras y territorios de los pueblos indígenas, son programáticas y no autoejecutables, por lo que se requiere de una reforma legal para su plena efectividad¹⁰⁴.

Sin embargo, siguiendo a Matta, tomando en serio el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, los órganos del Estado se encuentran obligados por el Convenio 169 y demás tratados de este tipo, y por ende tienen el deber de aplicar sus preceptos y no tienen potestad para suspenderlos y no aplicarlos¹⁰⁵. De ello se sigue que el derecho a la tierra y a los recursos naturales que tienen los pueblos indígenas, deben necesariamente ser respetados y promovidos en forma inmediata por los órganos del Estado, que no podrá invocar el carácter meramente programático o no auto ejecutable de las normas que contienen tales derechos para no aplicarlas¹⁰⁶. De esta forma “la supuesta no autoejecutabilidad de una norma internacional de derechos humanos, no puede ser motivo para que el Estado se excuse de su observancia”¹⁰⁷. De esto se puede colegir que los fallos del Tribunal Constitucional recién mencionados vulneran lo dispuesto por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

De lo anteriormente expuesto se podría concluir que los derechos a las tierras y a los recursos naturales que en ellas se encuentran, consagrados el Convenio 169, no necesitan normas de derecho interno para que sean aplicados, sin embargo, la

2003; Corte Suprema, caso *Comunidad Indígena Chusmiza-Usmagama vs. Empresa Embotelladora de Agua Mineral Chusmiza S.A.*, Rol 2480-2009, y Corte de Apelaciones de Iquique, Rol 817-2006). Esta misma posición se adoptó en el caso de la machi Francisca Linconao (Corte Suprema, caso *Machi Francisca Linconao Huircapan*, Rol 7.287-2009, ratificando sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1.773-2008)

¹⁰³ Tribunal Constitucional, Rol N° 309, de 2000, y Rol N° 1050, de 2008

¹⁰⁴ Hervé, Dominique y Pérez, Sergio. (2012). Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales. El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 57

¹⁰⁵ Matta, Manuel. (2012). Comentario a Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 112.

¹⁰⁶ Ídem.

¹⁰⁷ Ídem.

legislación nacional podría utilizarse como un medio efectivo y directo para la concreción de este instrumento internacional¹⁰⁸.

- d) Derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas: En relación al derecho a la educación, nuestra Ley Indígena si bien lo reconoce, no satisface los estándares internacionales, entre los cuales se encuentran los del Convenio 169¹⁰⁹. Y según Sergio Fuenzalida, “lo que dispone dicha ley es propiamente una protección a determinadas ‘etnias indígenas’ pero como objeto de protección más que como sujetos de derecho”¹¹⁰.

Por su parte, en cuanto al derecho a la salud de los pueblos indígenas, la normativa chilena presenta muchas falencias en relación a este tema, “tanto en lo que se refiere al acceso como a la calidad”¹¹¹. Esto es así ya que según Diana Maquilón, “aunque las obligaciones internacionales adoptadas por el Estado de Chile exigen un desarrollo normativo específico (...) no se dispone de una ley que regule de manera precisa los alcances y la aplicación de un programa de salud intercultural”¹¹². Sin embargo, la misma autora también destaca que “sin perjuicio de aquello, dentro de la normativa general es posible identificar un conjunto de normas, principalmente de carácter administrativo, que han tratado y otorgado un marco al derecho a la salud de las comunidades y personas indígenas”¹¹³.

Según Paola Bolados, estos espacios en el ámbito de la educación o la salud intercultural y los idiomas indígenas son “políticas de reconocimiento de derechos impulsadas por un multiculturalismo neoliberal, configurando una ciudadanía culturalmente

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ Fuenzalida, Sergio. (2012) Comentario a Los Derechos Sociales en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 186.

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Maquilón, Diana. (2012). Los Derechos Sociales en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismo y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales p. 170

¹¹² Ídem.

¹¹³ Ídem.

diferenciada, pero cerrando sus límites ante la demanda por derechos que pongan en peligro o arriesguen las inversiones del capital transnacional”¹¹⁴.

A más de una década de la entrada en vigencia del Convenio 169, el balance realizado por algunos dirigentes mapuche williche (compartido en términos generales por los actores indígenas) “es desalentador y expresa un alto grado de frustración, cuyo correlato es la profundización de las desconfianzas históricas. En efecto, si bien luego de 17 años de tramitación dicho instrumento internacional fue ratificado, su aplicación ha estado marcada por diversos obstáculos políticos, jurídicos, ideológicos y económicos, que han buscado el fracaso de esta normativa o su restricción a reconocimientos de tipo culturalista o folclorizante”¹¹⁵. Según Aguas y Nahuelpan, “lo anterior bajo el argumento de que la invocación del Convenio 169 obstaculiza el desarrollo del país, lo que no tan solo revela cómo en Chile – al igual que en otros países de la región – se antepone el desarrollo económico por sobre los modos de vida y proyectos políticos de los pueblos indígenas, sino también un fuerte rechazo y temor de las elites políticas y económicas respecto a una transformación en la correlación de fuerzas con los pueblos indígenas”¹¹⁶.

3. Ratificación e implementación en México

México suscribió el Convenio 169 en el año 1990, o sea previo a las reformas constitucionales del año 1992, en las que se le dio reconocimiento constitucional a la multiculturalidad de la nación y se reconoció la libre determinación de los pueblos indígenas.

En México la obligatoriedad de los tratados internacionales se encuentra establecida en el artículo 133 de la Constitución Federal, que reza lo siguiente:

¹¹⁴ Bolados, Paola. (2012). Neoliberalismo multicultural en el Chile postdictadura: la política indígena y salud y sus efectos en comunidades mapuches y atacameñas. *Chungará*, 44 (1), pp.135-144. En: Aguas, Javier & Nahuelpan, Héctor. (2019). Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche. *Revista CUHSO, CULTURA-HOMBRE-SOCIEDAD*, Vol.29, Núm. 1, pp. 108-130, p. 113.

¹¹⁵ Aguas, Javier & Nahuelpan, Héctor. (2019). Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche. *Revista CUHSO, CULTURA-HOMBRE-SOCIEDAD*, Vol.29, Núm. 1, pp. 108-130, p. 125

¹¹⁶ Ídem.

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en la Constitución o leyes de los estados.”

Según Francisco López, la aplicación del Convenio 169 en México, “no presenta ningún problema cuando ello no genera controversia porque forma parte del sistema jurídico mexicano, como cualquier otra ley, jurisprudencia o costumbres, aunque cada una tenga distinto origen”¹¹⁷.

Respecto a la aplicación de las normas del Convenio 169 en el sistema jurídico mexicano, López manifiesta lo siguiente: “Es normal que un tratado presente contradicciones con algunas leyes del sistema jurídico de los Estados que los suscriben. Las mismas leyes creadas directamente por el legislador las presentan, y si se toma en cuenta que los tratados internacionales se establecen para proteger derechos que aún no están protegidos, es lógico encontrar que contenga disposiciones distintas y contrarias a las ya establecidas. Lo que no es aceptable es que sobre las bases de estas contradicciones se descalifique al tratado solo porque está integrado por normas que llegan al sistema jurídico mexicano por recepción y no por creación directa del legislador. Lo correcto es encontrar las antinomias y buscarles solución. Esa también es labor del jurista y no sólo aplicar mecánicamente lo que el legislador crea”¹¹⁸.

En el capítulo siguiente se desarrolla a mayor cabalidad cómo la legislación mexicana se ha ido desarrollando luego de la ratificación del Convenio 169 y el posterior reconocimiento constitucional de sus pueblos indígenas.

¹¹⁷ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, H. Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 110.

¹¹⁸ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, H. Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 112.

Capítulo II: Reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas en México

México es uno de los países de América Latina que reconoció constitucionalmente a sus pueblos originarios luego de la aprobación del Convenio 169 de la OIT en el año 1990, a través de la Reforma a la Constitución Federal de 1992, reconociendo la multiculturalidad de la nación, “estableciéndose un conjunto de derechos políticos de participación, consulta y autonomía a los pueblos y comunidades indígenas, así como también sobre sus tierras, territorios y recursos naturales”¹¹⁹. Además de derechos de carácter lingüístico y cultural¹²⁰.

Sin embargo, la historia de los pueblos indígenas en la Constitución mexicana comienza desde mucho antes, específicamente en el año 1917 cuando se adoptó la Constitución Federal que sigue hoy vigente con sus respectivas modificaciones.

Como sabemos México es un país federal, lo que significa que en su forma de gobierno “coexisten dos órdenes jurídicos, uno federal, con validez en todo el territorio del Estado y otro de las entidades federativas con validez sólo en su territorio; ambos coordinados y subordinados por las disposiciones expresas de la Constitución federal”¹²¹.

A continuación, se expone la situación de estos pueblos desde la mencionada Constitución hasta el día de hoy, pasando por cada una de las reformas constitucionales federales que modificaron las disposiciones sobre pueblos y comunidades indígenas, para luego dar paso a una breve exposición sobre la situación de los indígenas en las Constituciones y Leyes Estatales más relevantes.

¹¹⁹ Aylwin, José. (2014). Los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina: Avances jurídicos y brechas de implementación. Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Red Derechos Humanos y Educación Superior, pp. 276-277

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, H. Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 117

1. Constitución Federal de los Estados Unidos de México

1.1. Breve reseña de la situación de los pueblos indígenas previo a la Constitución de 1917

En el año 1821, se firmó en México el Plan de Iguala, documento proclamado para poner fin a la guerra por la independencia (1810-1821)¹²² y que da paso a la Independencia del país. En éste “se estableció la igualdad de todos los habitantes de la Nueva España, sin distinción alguna de europeos, africanos ni indios, reconociendo a todos los ciudadanos con igualdad de derechos, al mismo tiempo que ignoraban la existencia de los pueblos indígenas”¹²³.

Según el autor Francisco López la declaración de igualdad de todos los habitantes del naciente país “era una forma soterrada de negar los derechos de los indígenas pues no todos eran iguales ni podían aspirar a serlo si no se creaban las condiciones para ello, lo cual hubiera implicado reconocer las muchas diferencias culturales existentes y darle un trato diferenciado a cada una para poder arribar a una pretendida igualdad”¹²⁴.

De ahí en adelante surge legislación discriminatoria en los estados mexicanos en contra de los indígenas, el mismo autor da algunos ejemplos¹²⁵:

- a) Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Occidentes (hoy Sonora y Sinaloa) de 1825: Estableció la igualdad de todos los hombres sin importar sus diferencias étnicas y facultó al Congreso del Estado y a su Comisión Permanente para convertir en pequeñas propiedades las tierras que los pueblos poseían en colectivo.

- b) Ley para el Gobierno Particular de los Pueblos Indígenas de 1828, del Estado Libre y Soberano de Occidentes (hoy Sonora y Sinaloa): Si bien de su nombre se puede pensar que su objetivo era respetar el derecho de los pueblos a conservar sus propias formas de organización y gobierno, lo cierto es que sus disposiciones buscaban la desaparición de las culturas de los pueblos indígenas para que sus integrantes asumieran la cultura

¹²² Ibidem, p. 23

¹²³ Ídem.

¹²⁴ Ibidem, p. 24.

¹²⁵ Ibidem, pp. 32 – 43.

dominante, dado que con esta ley los pueblos indígenas no podían mantener su propio gobierno, más bien se les llamaba a incorporarse a las estructuras estatales.

- c) Ley para el Repartimiento de Tierras de los Pueblos Indígenas de 1828, del Estado Libre y Soberano de Occidentes (hoy Sonora y Sinaloa): Reducía las tierras de los pueblos indígenas a propiedad particular, estableciendo disposiciones en contra de la propiedad comunal.
- d) Primera Constitución de Sonora de 1830: Otorgó facultades exclusivas al Congreso para dictar leyes y reglamentos para establecer el gobierno interior de los pueblos indígenas y arreglar los límites de sus terrenos.
- e) Ley de Colonización del Estado de Chihuahua de 1825: Ordenó que los terrenos despoblados que pertenecieran a los pueblos indígenas se repartieran gratuitamente entre los miembros de los propios pueblos que carecieran de ellas, y en caso de que todos las tuvieran se vendieran y con su producto se constituyera un fondo de la comunidad. Además, prescribió que las tierras baldías de la Alta Tarahumara se poblaran con colonos que instruyeran y civilizaran a los indios.
- f) Lo mismo ocurrió en otros Estados como por ejemplo en Zacatecas y en Veracruz: En éstos la repartición de las tierras de las comunidades indígenas se ordenó en 1825 y en 1826, respectivamente.
- g) En el Estado de Chiapas en 1826 se promulgó una ley que establecía las bases para la enajenación de las tierras indígenas: Estableció que “todos los terrenos baldíos o nacionales y de propios, excepto los ejidos de los pueblos se reducirían a propiedad particular”. Luego, en el año 1844, el gobernador del estado modificó algunas de sus disposiciones para simplificar y reducir los requisitos de compra.
- h) Ley de Municipalización del Estado de Hidalgo, de 1822: Esta ley buscaba homogeneizar el ayuntamiento español y el cabildo indígena bajo la figura del

municipio único. Además, se dispuso la desaparición de la categoría de indios, quedando sujetos a las leyes que regían para todos los ciudadanos.

- i) Constitución de Yucatán de 1841: Se confirmó el derecho de ciudadanía a todos los habitantes, mestizos e indígenas, pero privando a estos últimos de sus antiguas formas de organización y suprimiendo las repúblicas de indios. En 1868 se decretó la desaparición definitiva de las repúblicas de indios, con el argumento de que eran “reliquias vergonzosas del antiguo régimen colonial”.
- j) Constitución Federal de 1857: Vino a consolidar las políticas perseguidas por las leyes estatales recién mencionadas, primando en ella una visión eminentemente individualista y homogénea. Los indígenas no existían para ella o debían sujetarse a normas inspiradas en valores totalmente ajenos a su cultura.

Y como estos, existen otros tantos ejemplos de legislación estatal previo a la Constitución de 1917, que demuestran cómo de muy diversas maneras, “la igualdad de todos los mexicanos sólo sirvió para despojar a los indígenas de la suya”, lo que se refleja con bastante nitidez en la propiedad de la tierra, pero también se dio en otros ámbitos como es el ejercicio de derecho políticos, respecto de los cuales se establecieron restricciones¹²⁶.

1.2. Constitución Política de los Estado Mexicanos de 1917

En el año 1910, cuando estalló en México la Revolución en contra de la dictadura porfirista, un grupo importante de indígenas se fueron a la lucha atraídos por los diversos planes políticos lanzados por los distintos grupos que se disputaban el poder, los que incluían entre sus propuestas la devolución de las tierras a sus legítimos dueños y prometían crear mecanismos de ejercicio del poder local¹²⁷. Sin embargo, las promesas llevadas a la práctica no respondieron a las expectativas de los pueblos indígenas.

¹²⁶ Ibidem, pp. 43 – 44.

¹²⁷ Ibidem, pp. 44 – 45.

La Constitución Política de los Estados Mexicanos de 1917, promulgada el 5 de febrero de ese año, “aun cuando ha sido calificada de muy avanzada en derechos sociales, siguió ignorando la existencia de los pueblos indígenas en el país” y solo legisló sobre el derecho de acceso a la tierra¹²⁸, reconociendo en su artículo 27, por primera vez en la República, la propiedad comunitaria.

De esta forma los incisos sexto, numeral 6, y octavo del artículo 27, hacían referencia a la propiedad como derecho fundamental, no limitándola a la propiedad particular:

“VI.- Los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les haya restituido o restituyeren, conforme a la ley de 6 de enero de 1915; entretanto la ley determina la manera de hacer el repartimiento de las tierras.

(...) Se declaran nulas todas la diligencias, disposiciones, resoluciones y operaciones de deslinde, concesión, composición, sentencia, transacción, enajenación o remate que haya privado total o parcialmente de sus tierras, bosques, y aguas, a los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que existan todavía, desde la ley de 25 de unió de 1856; y del mismo modo serán nulas todas las disposiciones, resoluciones y operaciones que tengan lugar en lo sucesivo y produzcan iguales efectos (...)”¹²⁹.

Esto es lo único que se registra sobre la propiedad comunitaria en la Constitución de 1917. Sin embargo, en palabras del Dr. Bartolomé Clavero, “se garantizaba la base material de las comunidades mismas y se permitía la continuidad de su existencia como tales, no solo como colectivos propietarios, sino también con la cobertura preciosa de la propiedad de tierras y recursos, como comunidades humanas en su integridad”¹³⁰.

La propiedad comunitaria se contenía dentro del capítulo de las Garantías Individuales, respecto de lo cual el mismo autor agrega que puede parecer un contrasentido que este capítulo comprendiera una garantía comunitaria, pero lo importante es que, en lo sustantivo, al ser una

¹²⁸ Ibidem, p. 46.

¹²⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917 al 1º de junio de 2009, p. 140.

¹³⁰ Clavero, Bartolomé. (2010). Prólogo de Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, pp. 14-15.

garantía constitucional no se trataba de una mera proclamación de derechos cuyo aseguramiento dependiese de un desarrollo reglamentario¹³¹. Por ende, “el Congreso quedaba obligado a producir las leyes necesarias al propósito y la justicia no podía dejar de amparar el derecho porque la ley todavía faltase”¹³².

1.2.1. Reforma Constitucional de 1934

En la primera reforma a la Constitución de 1917, en el año 1934, el artículo 27 se reformó, sin embargo, solo se depuró el lenguaje sin afectar el fondo de la disposición, quedando de la siguiente manera:

“VII.- Los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les haya restituido o restituyeren”¹³³.

1.2.2. Reforma Constitucional de 1992

A diferencia de la reforma anterior, en esta sí se afecta el fondo del reconocimiento constitucional a la propiedad comunitaria. El nuevo texto del artículo 27 “no impone un cambio por obra de la misma norma (...) pero se esmera en la formulación de los presupuestos e introducción de mecanismos para favorecer la privatización de tierras y recursos o, dicho de otra forma, el desmantelamiento de la base material y la cobertura formal de las comunidades”¹³⁴.

El nuevo artículo 27 dispuso lo siguiente:

¹³¹ Ibidem, p. 15.

¹³² Ídem.

¹³³ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. (2009). Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917 al 1º de junio de 2009, p. 143

¹³⁴ Clavero, Bartolomé. (2010). Prólogo de Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 17.

“VII. – Se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidal y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas.

La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas.

La ley, considerando el respeto y fortalecimiento de la vida comunitaria de los ejidos y comunidades, protegerá la tierra para el asentamiento humano y regulará el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores.

La ley, con respeto a la voluntad de los ejidatarios y comuneros para adoptar las condiciones que más les convengan en el aprovechamiento de sus recursos productivos, regulará el ejercicio de los derechos de los comuneros sobre la tierra y de cada ejidatario sobre su parcela. Asimismo establecerá los procedimientos por los cuales, ejidatarios y comuneros podrán asociarse entre sí, con el Estado o con terceros y otorgar el uso de sus tierras; y, tratándose de ejidatarios, transmitir sus derechos parcelarios entre los miembros del núcleo de población; igualmente fijará los requisitos y procedimientos conforme a los cuales la asamblea ejidal otorgará al ejidatario el dominio sobre su parcela. En caso de enajenación de parcelas se respetará el derecho de preferencia que prevea la ley.

(...)”¹³⁵

De esta forma el artículo 27 del año 1992, no dejaba de ofrecer una garantía a la propiedad comunitaria: “La ley protegerá las tierras de los grupos indígenas”. Pero ahora la fórmula es la remisión al desarrollo reglamentario con suspensión de cualquier efecto directo de la garantía constitucional¹³⁶.

Por otro lado, se proclamó la multiculturalidad de la nación por el reconocimiento formal de los indígenas en su artículo 4º, el que disponía lo siguiente:

“La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, cultural, usos y costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a

¹³⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. (2009). Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917 al 1º de junio de 2009, p. 154

¹³⁶ Ídem.

la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley”¹³⁷.

Como se puede apreciar, si bien hay un reconocimiento a los pueblos indígenas, la Constitución encarga el efectivo reconocimiento a la ley.

1.2.3. Reforma Constitucional de 2001

En esta reforma se deroga el párrafo primero del artículo 4 de la Constitución, en donde se reconocía la composición pluricultural de la nación mexicana, y traslada dicho reconocimiento al artículo 2º, el que se modificó completamente, quedando con el siguiente tenor:

“La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

¹³⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. (2009). Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917 al 1º de junio de 2009, p. 104

(...)”¹³⁸.

Como vemos, a diferencia del pretérito artículo 4º, el nuevo artículo 2º, en vez de comenzar reconocimiento la pluriculturalidad de la nación mexicana, en su inciso 1º deja en claro que ésta es única e invisible y a partir de dicha afirmación se da paso al reconocimiento de su composición pluricultural. Al parecer, lo que se buscaba era que no se confundiera dicho reconocimiento con la plurinacionalidad.

La novedad más importante de esta reforma es que reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación. Si bien este avance puede parecer auspicioso, esta “posible autonomía se circunscribe a una serie determinada de materias incluyendo a la propiedad, con notables condicionamientos, y además la concreción del propio régimen autonómico se confía, no a los mismos pueblos o comunidades como se podría esperar, sino a los diversos estados de la federación”¹³⁹, tal como se aprecia en el inciso 5º del artículo 2º de la Constitución Federal Mexicana. En palabras de Clavero, “al tiempo que se les tiene constitucionalmente como sujetos de autonomía, se considera a los pueblos y comunidades indígenas, como en los tiempos de la colonia, menores de edad, incapaces de conocer y decidir por sí mismos y hacerse cargo de sus situaciones y aspiraciones, de sus intereses y derechos”¹⁴⁰.

2. Legislación Indígena en los Estados Unidos de México

2.1. Legislación Indígena Federal previo al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas

Luego de la Revolución mexicana, se comenzó a impulsar una política que con el nombre de indigenismo buscaba terminar con la cultura indígena para integrarla a la cultura

¹³⁸ Ibidem, pp. 95-96

¹³⁹ Clavero, Bartolomé. (2010). Prólogo de Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 20.

¹⁴⁰ Ídem.

dominante a través de políticas de asistencialismo social y protección¹⁴¹. Según el autor mexicano Francisco López “en el diseño de estas instituciones no se consultó a los pueblos indígenas sobre sus necesidades, ni se les tomó en cuenta para su administración y funcionamiento; porque no se partía de reconocer que eran pueblos con derechos a una existencia diferenciada, sino minorías culturales que con el tiempo deberían desaparecer”¹⁴².

A continuación, se exponen algunas de estas instituciones y leyes previas al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas¹⁴³:

- a) Departamento de Educación y Cultura: creado en 1921 al reestructurarse la Secretaría de Educación Pública que se había creado ese mismo año.
- b) Casas del Pueblo: creadas en 1923, su fin era mejorar la situación de las poblaciones indígenas.
- c) Estación de Incorporación Indígena de Carapan: creada en 1932, su fin era estudiar la posibilidad de integrar a los Purépechas de la región a la vida nacional.
- d) Departamento de Educación Indígena, dependiente de la Secretaría de Educación Pública: creado en 1937, a él se incorporaron los internados indígenas con el nombre de Centros de Educación Indígena. En 1938, estos centros pasaron al Departamento de Asuntos Indígenas convertidos en Centros de Capacitación Económica. Su objetivo fue brindar capacitación en técnica agrícola e industrial a indígenas.
- e) Instituto Indigenista Interamericano: creado en 1940 en el Primer Congreso Indigenista, celebrado en Pátzcuaro, Michoacán.
- f) Instituto Nacional Indigenista: creado en 1948 como un organismo público descentralizado del gobierno federal, dependiente de la Secretaría de Educación

¹⁴¹ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, H. Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 47

¹⁴² Ídem.

¹⁴³ Ibidem, pp. 47 – 48.

Pública. Estaba encargado de diseñar e instrumentar la política gubernamental hacia los pueblos indígenas de México y durante sus primeros años sus actividades se orientaron al estudio, investigación, asesoría, difusión y capacitación para promover las medidas para el mejoramiento de los pueblos y comunidades indígena, así como la coordinación con programas de otras dependencias oficiales en regiones indígenas.

2.2. Legislación Indígena Federal posterior al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas

Luego de la reforma a la Constitución Federal de 1992, en la que se incluyó el reconocimiento de los indígenas en su artículo 4º, antecedido por la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 1990, se comenzaron a introducir reformas en diversas leyes federales y a promulgar otras, las que en conjunto con las leyes estatales, comenzaron a conformar un abundante cuerpo legislativo sobre la materia, sin embargo, “lo abundante de dicha legislación no le quita su pecado de origen: reconoce derechos individuales y no colectivos, como es la naturaleza de los derechos indígenas, o reconoce éstos pero no las condiciones ni los mecanismos para hacerlos valer”¹⁴⁴. A continuación, se exponen algunos ejemplos:

- a) Legislación sobre Derecho al Desarrollo:
 - Ley General de Desarrollo Social (2004): refiriéndose a los indígenas en general, “establece que la política de desarrollo social se sujetará a los principios de respeto a la diversidad y libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas”¹⁴⁵ y tendrá como objetivo “propiciar las condiciones que aseguren el disfrute de los derechos sociales, individuales o colectivos, garantizando el acceso a los programas de desarrollo social y la igualdad de oportunidades, así como la superación de la discriminación y la exclusión social”¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 184.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 120.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 121.

- Ley de Desarrollo Rural Sustentable (2001): refiriéndose solo a aquellos indígenas que habitan en el medio rural, establece acciones para el impulso a la cultura y al desarrollo de las formas específicas de organización social y capacidad productiva de los pueblos indígenas¹⁴⁷. También la preservación y recuperación de las prácticas y los conocimientos tradicionales vinculados al aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, respetando usos y costumbres, tradiciones y tecnologías de las comunidades indígenas¹⁴⁸.

b) Legislación sobre tierras y recursos naturales:

- Ley Agraria: establece que en los juicios en que se involucren tierras de los grupos indígenas, los tribunales deberán considerar las costumbres y usos de cada grupo mientras no contravengan lo dispuesto por esta ley ni se afectan derechos de terceros¹⁴⁹. Además, establece que en estos juicios existan traductores cuando sea necesario¹⁵⁰.
- Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente: hace referencia a indígenas en aspectos de Política Ambiental, áreas naturales protegidas, flora y fauna silvestre, política social e información ambiental¹⁵¹.
- Ley de Desarrollo Forestal Sustentable: establece que cuando se trate de recursos forestales cuya propiedad corresponde a los pueblos y comunidades indígenas se observará lo dispuesto por el artículo 2º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos¹⁵².

Dentro de sus objetivos generales está el de respetar el derecho al uso y disfrute preferente de los recursos forestales de los lugares que ocupan y habitan los pueblos indígenas¹⁵³.

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ Ibidem, pp. 122 - 123

¹⁴⁹ Ibidem, p. 126.

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ Ídem.

¹⁵² Ibidem, p. 127.

¹⁵³ Ídem.

Por su parte, dentro de sus objetivos específicos incluye contribuir a su desarrollo socioeconómico y garantizar su participación, evaluación y seguimiento de la política forestal¹⁵⁴.

c) Legislación sobre derechos culturales:

- Ley General de Educación: Establece que la educación tendrá como finalidad valorar las tradiciones y particularidades de las diversas regiones del país¹⁵⁵. También reza que corresponde de manera exclusiva a las autoridades locales prestar los servicios de educación indígena¹⁵⁶.
- Ley Federal de Derechos de Autor: Establece que las obras populares de la cultura indígena están protegidas contra su deformación, sin embargo, sus autores no pueden reclamar ningún derecho o beneficio sobre ella, puesto que por disposición legal se pueden usar de manera libre¹⁵⁷. Esto hace que la norma sea contradictoria y deje en indefensión a los pueblos indígenas frente la utilización sin autorización de sus obras¹⁵⁸.

d) Legislación sobre Acceso a la Justicia:

- Código de Procedimientos Civiles: respecto a los pueblos indígenas trata materias sobre competencia de los tribunales para conocer de casos donde las partes sean indígenas (artículo 24); la forma de acreditar la calidad indígena (artículo 274 bis); el derecho a contar con intérpretes, tanto para las partes como para los testigos (artículos 107 y 180); traducción de las promociones y actuaciones; y la consideración de los usos y costumbres por los jueces al momento de dictar sentencia (artículo 222 bis)¹⁵⁹.
- Código de Procedimientos Penales: respecto a los pueblos indígenas trata las materias sobre competencia de los tribunales a que deberán someterse los indígenas (artículo 6);

¹⁵⁴ Ídem.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 133

¹⁵⁶ Ibidem, p. 134.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 135.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 135.

¹⁵⁹ Ibidem, pp. 136 – 138.

forma de acreditar la calidad de indígenas (artículo 220 bis); derecho al traductor (artículo 128); derecho al intérprete (artículos 15, 18 y 154); y derecho al defensor (artículos 124 y 159)¹⁶⁰.

- Código Penal Federal: hace referencia a los usos y costumbres indígenas en sus artículos 51 y 52, los que establecen que cuando se trate de indígenas las sanciones se aplicarán considerando los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenecen¹⁶¹.

e) Institucionalidad estatal y los derechos indígenas:

- Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas: esta comisión es una “institución con carácter de organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía operativa, técnica, presupuestal y administrativa”¹⁶². Tiene como objeto “orientar, coordinar, promover, apoyar, fomentar, dar seguimiento y evaluar los programas, proyectos, estrategias y acciones públicas para el desarrollo integral y sustentable de los pueblos y comunidades indígenas de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Federal”¹⁶³.
- Instituto Nacional de Lenguas Indígenas: es un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene como objetivo “promover el fortalecimiento, preservación y desarrollo de las lenguas indígenas que se hablan en el territorio nacional, el conocimiento y disfrute de la riqueza cultural de la nación y asesorar a los tres órdenes de gobierno para articular las políticas públicas necesarias en la materia”¹⁶⁴.

f) Usos y costumbres:

¹⁶⁰ Ibidem, pp. 138 – 139.

¹⁶¹ Ibidem, pp. 139 – 140.

¹⁶² Ibidem, p. 140.

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ Ibidem, pp. 142 - 143

Sobre este punto el Convenio 169 establece que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas se debe tomar en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, bajo la condicionante de que estos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Respecto a esto el autor mexicano Héctor Gómez sostiene que “las formas de autogobierno de las comunidades deben ser reconocidas como prácticas en un proceso constante de cambio, sin embargo, cualquier esfuerzo por conservar los usos y costumbres como herencia precolombina, que resiste adecuaciones a la experiencia actual, puede ser contraproducente, como en el caso de obstaculizar la participación de la mujer por el simple hecho de que así lo marca la tradición desde tiempos ancestrales”¹⁶⁵.

De esta forma puede ocurrir que por un lado el reconocimiento de usos y costumbres permita la conservación de prácticas y tradiciones ancestrales y por el otro contravenga a los Derechos Humanos de los propios integrantes de las comunidades, mermando la cuestión de género, por ejemplo, afectando el derecho a la igualdad y a la participación. Sin embargo, para evitar que esto ocurra, se observa en algunos casos la protección de “dichos derechos señalándose expresamente la intervención del Estado a través de servicios de asesoría jurídica y orientación social para que se establezca una cultura tendiente a reorientar aquellas prácticas que atenten contra la igualdad”¹⁶⁶. Así por ejemplo en la aplicación de usos y costumbres a través de la justicia indígena deberá corroborarse que no vulnere lo mandado por la Carta Magna, la Constituciones Locales y demás legislación aplicable¹⁶⁷.

A nivel Federal en México se encuentra la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, organismo descentralizado de la Administración Pública Federal,

¹⁶⁵ Gómez, Héctor. (2017). Los usos y costumbres en las comunidades indígenas de los Altos de Chiapas como una estructura conservadora. En Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, p. 6.

¹⁶⁶ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, p. 6.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 7.

no sectorizado, con personalidad jurídica, con patrimonio propio, con autonomía operativa, técnica, presupuestal y administrativa, con sede en la Ciudad de México¹⁶⁸ y que “tiene como objetivo orientar, coordinar, promover, apoyar, fomentar, dar seguimiento y evaluar los programas, proyectos, estrategias y acciones públicas para el desarrollo integral y sustentable de los pueblos y comunidades indígenas de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Federal”¹⁶⁹. Dentro de las funciones de la Comisión es coadyuvar al ejercicio de la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, lo que permite por ende seguir preservando los usos y costumbres¹⁷⁰ de estos en los términos ya expuestos.

En cuanto a leyes que tratan sobre usos y costumbres en México, se ha podido advertir que cada estado tiene sus propias normas que se hacen cargo de esta materia, un ejemplo concreto de esto es que, en estados como Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Oaxaca, entre otros, se reconoce la Faena o Tequio como sistema de trabajo¹⁷¹.

En el apartado siguiente se exponen algunos ejemplos de legislación sobre derechos de los pueblos y comunidades indígenas de las entidades federativas en materia de usos y costumbres.

2.3. Legislación Indígena Estatal previo al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas

Dado el artículo 2° de la Constitución Federal mexicana que remite a los estados de la República la tarea de que sean ellos quienes en sus constituciones y leyes reconozcan a los pueblos y comunidades indígenas, se podría pensar que la legislación indígena en los distintos estados se formuló con base a esa disposición¹⁷², sin embargo, antes de la reforma constitucional de 1992, donde se reconoció a los pueblos indígenas, algunos estados mexicanos

¹⁶⁸ Ibidem, p. 10

¹⁶⁹ Ídem.

¹⁷⁰ Ídem.

¹⁷¹ Gómez Peralta define al Tequio o Faena como una costumbre muy común en las comunidades indígenas que consiste en la realización de un trabajo totalmente obligatorio para los miembros de la comunidad en obras de uso comunitario como puede ser la construcción de un centro ceremonial.

¹⁷² López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, H. Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 151.

ya habían comenzado a construir legislación sobre sus pueblos originarios, en algunos casos incluso antes de la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

Dentro de los estados mexicanos con legislación sobre sus pueblos indígenas previo a la ratificación del Convenio 169 y al reconocimiento constitucional de estos pueblos, podemos mencionar a los siguientes:

- a) Estado de Oaxaca: En la Constitución oaxaqueña “se reconoce a los pueblos y las comunidades indígenas como sujetos de derecho, y sus derechos a la libre determinación, la aplicación de sus propios sistemas normativos, para la solución de conflictos internos, la jurisdicción indígena para determinar el ámbito espacial de validez de los actos de las autoridades indígenas, el derecho a la tierra, los territorios y los recursos en ellos existentes -derechos de difícil ejecución, pues su regulación corresponde a la federación-, derechos culturales, que incluyen la obligación del Ejecutivo de impulsar y fortalecer las tradiciones comunitarias y el respeto a la culturas de los pueblos y comunidades indígenas; derechos educativos, para asegurar una educación bilingüe e intercultural; el uso del sistema electoral consuetudinario para la elección de sus autoridades municipales; la libre asociación de municipios y comunidades indígenas para cualquier objeto que ellos determinen; la conservación del tequio como un derecho de los pueblos; el acceso a la justicia penal, con derecho a que las autoridades judiciales sean indígenas o en su defecto cuenten con un traductor o intérprete y se tomen en cuenta sus usos y costumbres en todo el proceso y al dictar sentencia; la participación de las autoridades indígenas en la conciliación por conflictos de límites, y el acceso efectivo al Registro Civil. Asimismo, se han creado los tipos delictivos de discriminación y etnocidio”¹⁷³.

Su Constitución es la que más se ha seguido reformando y reglamentando sobre la materia, al grado de que actualmente cuenta con la más prolija legislación al respecto¹⁷⁴.

¹⁷³ López, Francisco. (1998). Constitución y derechos indígenas en Oaxaca. Cuadernos Agrarios, núm. 18, nueva época, México, pp. 128-146. En: López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 154.

¹⁷⁴ López, Francisco. (1997). La diversidad mutilada: los derechos indígenas en la Constitución de Oaxaca. Ce-Ácatl, núm. 88, México. En: López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 154.

- b) Estado de Chiapas: A diferencia de Oaxaca, este estado en su Constitución de 1990 “solo estableció ‘una protección a la cultura, y a los dialectos de las diferentes etnias y grupos mestizos’”¹⁷⁵. Y se les reconoció a todos los ciudadanos chiapanecos, no de manera exclusiva a los indígenas, que las autoridades legislativas, administrativas y judiciales, tomen en consideración su condición cultural, sus costumbres étnicas particulares y las demás circunstancias especiales que concurren en ellos, con el propósito de que se observen las garantías que establece la Constitución Federal¹⁷⁶.
- c) Estado de Querétaro: Su Constitución en 1990 “fue modificada para establecer que la educación promoverá las tradiciones, lengua y creencias de los grupos étnicos, así como su papel en la configuración y desarrollo de la historia e identidad de la nación mexicana; y que las leyes propiciarán el desarrollo económico, político y social de los grupos étnicos de la entidad, sobre la base del respecto a sus lenguas, tradiciones, costumbres, creencias y valores que los caracterizan”¹⁷⁷. Además, “facultó a la legislatura para legislar fijando las bases que permitan el fortalecimiento de la lengua, costumbres y tradiciones de las diferentes regiones y grupos étnicos del estado”¹⁷⁸.

En relación al reconocimiento de usos y costumbres, se promulgó la Ley de Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Querétaro, ley reglamentaria del Artículo 9º de la Constitución del Estado, cuyas disposiciones se refieren a la autonomía y libre determinación; autoridades y representantes, justicia indígena; sistemas normativos; acceso a la jurisdicción del Estado; peritos intérpretes o traductores; cultural y educación; patrimonio tangible e intangible; educación y lenguas indígenas; salud y asistencia; mujeres, niños y adultos mayores; tierras, territorios y recursos naturales; desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas y recursos y apoyos a los pueblos y comunidades indígenas.¹⁷⁹

¹⁷⁵ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, H. Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 158.

¹⁷⁶ Ídem.

¹⁷⁷ Ídem.

¹⁷⁸ Ídem.

¹⁷⁹ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, pp. 27-28

- d) Estado de Hidalgo: Su Constitución en 1991 “reconoció el derecho de los pueblos indígenas del estado a preservar la forma de vida y el bienestar y desarrollo de los grupos sociales de culturas autóctonas, dentro de sus propios patrones de conducta, en cuanto no contraríen normas de orden público, así como a que se consideren tales rasgos culturales en la justipreciación de los hechos en que participen, mediante criterios de equidad, estableciendo el deber de los Poderes del Estado de tomar en cuenta las prácticas y las costumbres jurídicas de las comunidades indígenas, en los términos que las propias leyes establezcan”¹⁸⁰.

En cuanto a los usos y costumbres, en este estado se promulgó la Ley de Derecho y Cultura Indígena para el Estado de Hidalgo, la cual trata sobre la consulta directa; autoridades y representación indígena; justicia indígena; educación; cultura, lenguas indígenas y el patrimonio histórico; derechos de salud; igualdad de género; desarrollo sustentable; desarrollo humano y social; defensa de los derechos laborales; recursos naturales y turismo sustentable y asignaciones presupuestales.¹⁸¹

- e) Estado de Guerrero: Su Constitución de 1987 es la más escueta en este tema, ya que sólo se limitó a expresar que “los poderes del Estado y los Ayuntamientos, en sus respectivos ámbitos de competencia y en el marco de la Constitución General de la República y de la Constitución Política del Estado de Guerrero, proveerán a la incorporación de los pueblos indígenas al desarrollo económico y social y a la preservación y fomento de sus manifestaciones culturales”¹⁸².

En este estado rige la Ley de Reconocimiento, Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Guerrero, la que además de reconocer a los pueblos originarios del estado y referirse a los derechos de éstos y de los indígenas en

¹⁸⁰ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 159

¹⁸¹ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, pp. 21-22

¹⁸² López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 161

específicos, en lo medular trata sobre derecho y cultura indígena; autonomía; acceso a la jurisdicción del estado; justicia indígena; sistemas normativos; desarrollo sustentable de los pueblos y comunidades indígenas; servicios de salud; educación y lenguas indígenas; desarrollo económico de los pueblos y comunidades indígenas; mujeres, niños y adultos mayores; fomento artesanal y sobre el aprovechamiento de los recursos naturales en los territorios de los pueblos y comunidades indígenas.¹⁸³

2.4. Legislación Indígena Estatal posterior al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas

Una vez que los pueblos originarios de México fueron reconocidos en la Constitución Federal, algunas de las constituciones estatales que ya vimos fueron modificadas, mientras que otros estados incorporaron en sus constituciones a los pueblos indígenas.

Por otro lado, luego de los Acuerdos de San Andrés, firmados en 1996 por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional y el gobierno federal, algunas de las constituciones estatales fueron reformadas, sin embargo, muchas de ellas comenzaron a simular que se consagraban derechos a favor de sus pueblos indígenas, siendo que en la práctica no era así, porque la materia era de competencia federal o bien porque se les daba a los conceptos contenidos que no tenían¹⁸⁴.

Finalmente, algunos estados modificaron sus constituciones a fin de adecuarlas a la Reforma de la Constitución Federal del año 2001.

A continuación, se exponen algunos ejemplos:

- a) Estado de Chihuahua: Su Constitución de 1994 reconoció a los pueblos y comunidades indígenas del estado los derechos de acceso y de impartición de justicia, de forma que si una de las partes es indígena en todo juicio civil o penal, las autoridades tomen en

¹⁸³ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, pp. 19-21

¹⁸⁴ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 161

cuenta sus usos, costumbres y prácticas jurídicas¹⁸⁵; derechos agrarios, estableciendo que las tierras pertenecientes a los pueblos indígenas son inalienables e imprescriptibles y que la enajenación o gravamen que tengan las tierras o aguas pertenecientes a los pueblos indígenas se ajustarán a los que disponga la ley, ampliándose de esta forma los derechos establecidos en la legislación agraria nacional¹⁸⁶; derechos culturales, estableciendo que la educación de los pueblos indígenas será objeto de atención especial por parte del Estado, estableciéndose en la ley mecanismos para que la educación se proporcione por los pueblos indígenas y sea bilingüe cuando éstos así lo soliciten¹⁸⁷; y, en materia de salud se prevé que los servicios que el Estado proporcione a los pueblos indígenas se plantearán en coordinación con éstos, teniendo en cuenta su idioma, usos y costumbres¹⁸⁸. Lamentablemente el Congreso del estado no siguió avanzando y dejó las disposiciones constitucionales sin su respectiva ley reglamentaria¹⁸⁹.

Sin embargo, se promulgó la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas del Estado de Chihuahua, que trata sobre derecho a la autonomía de los pueblos indígenas, derechos de los pueblos indígenas, derecho al consentimiento, obligaciones del estado y sobre infracciones, sanciones y medios para resolver conflictos¹⁹⁰.

- b) Estado de San Luis Potosí: Su Constitución en el año 1996 “solo estableció el derecho de las personas indígenas que no hablen español a contar durante todo el procedimiento judicial con el auxilio de un traductor”¹⁹¹.

Luego modificó su Constitución con ocasión de la reforma de la Constitución Federal del año 2001. A partir de aquello en la Constitución de este Estado se pueden encontrar tres tipos de contenidos: “los referidos a los pueblos y comunidades indígenas, los

¹⁸⁵ Ibidem, pp. 154-155

¹⁸⁶ Ídem.

¹⁸⁷ Ídem.

¹⁸⁸ Ídem.

¹⁸⁹ Ídem.

¹⁹⁰ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, pp. 18-19

¹⁹¹ López, Francisco. (2010). L-13egislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 159

derechos atribuidos a las comunidades indígenas y los principios de políticas públicas”¹⁹². Respecto al primer punto, expresa que el estado tiene una composición pluriétnica, pluricultural y multilingüística sustentada originalmente en sus pueblos indígenas¹⁹³. En relación a los derechos atribuidos a las comunidades indígenas, reconoce la libre determinación, en virtud de la cual otorga una serie de prerrogativas a dichas comunidades¹⁹⁴. Además, al igual que otros estados determina el establecimiento de una institución indigenista y las políticas que esta deberá impulsar¹⁹⁵.

En materia de usos y costumbres, se promulgó la Ley Reglamentaria del Artículo 9° de la Constitución Política del Estado, sobre los Derechos y la Cultura Indígena, la que se refiere a la autonomía, a las autoridades representantes, justicia indígena, cultura y educación, patrimonio histórico y cultural, educación y lenguas indígenas, salud y asistencia, recursos naturales, desarrollo humano y social, ejercicio y vigilancia de asignaciones presupuestales, sistema estatal para el desarrollo humano y social de los pueblos y comunidades indígenas y derechos específicos de los indígenas.

- c) Estado de Sonora: En el año 1992 se incluyó en su Constitución “un reconocimiento a la composición pluricultural de su población (...) comprometiéndose a proveer lo necesario para asegurar a los pueblos indígenas el respecto a sus lenguas, culturas, usos y costumbres, recursos, formas específicas de organización social y garantizarles el efectivo acceso a la jurisdicción estatal, procurando consolidar los rasgos” de los pueblos indígenas, sin embargo, no estableció ningún derecho específico¹⁹⁶. A pesar de lo anterior, la legislación electoral prevé la elección de un regidor étnico en los municipios con población indígena¹⁹⁷.

En este estado existe la Ley de Derecho de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Sonora que trata sobre derechos indígenas, derechos de la familia, mujeres, niños y ancianos, cultura y educación, salud, vivienda y servicios básicos, seguridad social, la

¹⁹² Ibidem, p. 177

¹⁹³ Ídem.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 178

¹⁹⁵ Ibidem, p. 179

¹⁹⁶ Ibidem, p. 159

¹⁹⁷ Ibidem, pp. 159-160

defensa y protección de los derechos laborales, territorio y recursos naturales, desarrollo económico, justicia, sistemas normativos de los pueblos y comunidades indígenas, procuración y administración de justicia, comisión estatal para el desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas, entre otros temas.¹⁹⁸

- d) Estado de Veracruz: En el año 1993 se estableció en su Constitución la declaración de que “el estado tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, remitiendo a la ley la protección y promoción del desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y para garantizar a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del estado”¹⁹⁹. Además, se estableció que en los juicios y procedimientos en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley²⁰⁰.

En el año 1998 se reformó su Constitución adicionando derechos indígenas, sin que significara un avance sustancial, ya que se les reconoció la libre autodeterminación a los pueblos, pero sin reconocerle sus derechos, los cuales se hacen recaer en las comunidades que los integran y los sujeta a lo que una legislación establezca, la que actualmente no permite el ejercicio de los derechos indígenas²⁰¹. Lo mismo ocurrió con el derecho al disfrute de los recursos naturales, el que fue reconocido en la misma reforma, pero no constituyó un verdadero avance ya que este derecho ya se encontraba consagrado en la Constitución Federal²⁰², y la competencia sobre la legislación en relación a esta materia le pertenece al estado federal.

Por su parte, en materia educativa, las únicas novedades de esta reforma son el reconocimiento del derecho a una educación bilingüe e intercultural, el impulso del

¹⁹⁸ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, pp. 30-31

¹⁹⁹ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 160

²⁰⁰ Ídem.

²⁰¹ Ibidem, pp. 162-163.

²⁰² Ibidem, p. 163.

respeto y conocimiento de las diversas cultural existentes en la entidad y el combate a la discriminación.²⁰³

En este estado rige la Ley N°879 sobre Derechos y Culturas Indígenas para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, cuyo articulado trata sobre derechos fundamentales de los indígenas, de sus pueblos y sus comunidades, libre determinación y autonomía, establece normas sobre el Consejo Consultivo Estatal para el Desarrollo Integral de los Pueblos y Comunidades de Indígenas de Veracruz y sobre los Consejos Consultivos Regionales, y se refiere a los derechos sociales de los pueblos y comunidades indígenas, derecho a la alimentación y la salud, educación y cultura, entre otros.²⁰⁴

- e) Estado de Nayarit: El año 1993 “incluyó en su Constitución la protección y promoción del desarrollo de los valores”²⁰⁵ de las etnias indígenas, “tales como sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, dentro del marco de sus tradiciones, garantizando a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del estado, y estableciendo el deber de los poderes estatales de tomar en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezcan las leyes”²⁰⁶.

En 1998 se reformó su Constitución ampliando aparentemente los derechos en materia indígena, sin embargo, al momento de enumerarlos en el artículo 7°, estos fueron garantizados a los individuos²⁰⁷, no a los pueblos como se esperaba.

Una de las leyes reglamentarias promulgadas en este estado, es la Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Nayarit, que, en lo medular trata sobre usos y costumbres, reconociendo la educación intercultural, derechos laborales, derecho a la salud, entre otros.²⁰⁸

²⁰³ Ibidem, p. 163.

²⁰⁴ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, pp. 31-32

²⁰⁵ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 160

²⁰⁶ Ídem.

²⁰⁷ Ibidem, p. 164.

²⁰⁸ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, p. 25.

- f) Estado de Jalisco: En su Constitución de 1994, se remitió expresamente a la Constitución Federal, estableciendo que “las leyes propiciarán el desarrollo social, económico, político y cultural de las comunidades a que se refiere el párrafo primero del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos sobre la base del respecto a sus tradiciones, costumbres, usos, lenguas, recursos, valores y formas específicas de organización social, atendiendo a la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”²⁰⁹.

Este estado también reformó su Constitución luego de la reforma de la Constitución Federal del año 2001, apegándose al texto de ésta, expresando que el estado tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas.

En este estado rige la Ley sobre los Derechos y el Desarrollo de los Pueblos y las Comunidades Indígenas del Estado de Jalisco, que entre otros temas trata sobre autonomía, autoridades y representantes, justicia indígena y acceso a la jurisdicción del estado, patrimonio de los pueblos indígenas y cultura e identidad indígena.²¹⁰

- g) Estado de México: Luego de hacer en su Constitución de 1995 una declaración similar a la de la Constitución Federal, agregó que las autoridades promoverán el bienestar de estos grupos indígenas mediante las acciones necesarias²¹¹, “convocando incluso a la sociedad, en especial en las materias de salud, educación, vivienda y empleo, así como en todas aquellas que, con respeto a las expresiones y manifestaciones de su cultura, faciliten e impulsen la participación de quienes los integran en todos los ámbitos del desarrollo del estado y en igualdad de condiciones y oportunidades que los demás habitantes”²¹².

En este estado se promulgó la Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de México, que se refiere entre otros temas a los derechos fundamentales de los pueblos y

²⁰⁹ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 160

²¹⁰ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, pp. 22-23

²¹¹ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 160

²¹² Ibidem, pp. 160-161.

comunidades indígenas, autonomía, sistemas normativos, cultura y educación, aprovechamiento de los recursos naturales y desarrollo económico de los pueblos, las localidades y las comunidades indígenas.²¹³

- h) Estado de Durango: En 1994 estableció en su Constitución que “las leyes reconocerán la diversidad cultural, y protegerán y promoverán el desarrollo de las etnias duranguenses, de sus lenguas, valores culturales, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y que la educación de las etnias del estado será bilingüe, respetando sus costumbres y tradiciones, disposición que se desarrolla en la Ley de Educación del Estado”²¹⁴.

Luego de la reforma constitucional federal del año 2001, este estado también hizo cambios a su Constitución apegándose al texto de la Constitución Federal²¹⁵, declarando la composición pluricultural sustentada en los pueblos y comunidades indígenas, para luego remitir el reconocimiento de la diversidad cultural a las leyes secundarias del estado.²¹⁶ A diferencia de otros estados, en la redacción de estas leyes se les “reconoció a los pueblos indígenas y a las comunidades que los integran como titulares de los derechos, al contrario de la Constitución federal que a los primeros solo los reconoce como componente de la pluriculturalidad de la nación y deja únicamente a las comunidades como titulares de los derechos”²¹⁷.

En este estado también se promulgó una ley reglamentaria sobre pueblos indígenas, denominada Ley General de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Durango, que hace referencia a derechos sociales y asistenciales, desarrollo de los

²¹³ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, pp. 22-23

²¹⁴ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 161.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 171.

²¹⁶ *Ídem*.

²¹⁷ *Ídem*.

pueblos y comunidades indígenas, tierras, territorios y recursos naturales y justicia indígena.²¹⁸

- i) Estado de Campeche: En la reforma de su Constitución en 1996, estableció que “el Estado de Campeche reconoce expresamente, en términos del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que el país tiene una composición pluricultural, sustentada en la diversidad de pueblos indígenas que se encuentran asentados y conviven en su territorio, del cual forma parte el propio Estado”²¹⁹. Además, estableció derechos a sus pueblos indígenas en materia de recursos naturales, derechos lingüísticos, organización social y política, resolución de conflictos, manifestaciones culturales²²⁰. También dispuso normas de respeto a la diversidad cultural y mecanismos de sanción contra actos de discriminación hacia los indígenas²²¹. En materia educativa prescribió como obligatoria la enseñanza de una lengua indígena en las comunidades en donde exista integrantes de pueblos indígenas en regular proporción²²². Finalmente, en materia agraria se otorgó participación activa de las autoridades indígenas en la resolución de conflictos por límites agrarios²²³.

A pesar de parecer una de las Constituciones estatales más avanzadas en reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, todas estas disposiciones quedaron reducidas a su mínima expresión al momento de reglamentarlas²²⁴.

En el año 2000 se aprobó la Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche, sin embargo, cae en el mismo error que otras legislaciones estatales al legislar sobre materias que escapan de la

²¹⁸ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, pp. 21-22.

²¹⁹ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, pp. 156-157.

²²⁰ Ídem.

²²¹ Ídem.

²²² Ídem.

²²³ Ídem.

²²⁴ Francisco López destaca lo siguiente: “El respeto a ‘sus formas e instituciones de gobierno’ quedó reducido a juzgados de conciliación, con una jerarquía y facultades inferiores incluso a las de los juzgados de paz, además de tener el inconveniente de que sus integrantes deben ser nombrados por el gobernador del estado y no por los mecanismos propios de sus pueblos. Asimismo, los derechos que los indígenas en lo individual tienen, además de los que les corresponden a todos los mexicanos, se reducen a contar con un traductor y a que se tomen en cuenta sus usos y costumbres al dictar sentencia”.

competencia estatal²²⁵. Los derechos establecidos en esta ley se reconocen a los pueblos y a las comunidades indígenas, sin diferenciarlos²²⁶. Además, reconocen el derecho a la autonomía definiéndola como la expresión de la libre determinación de los pueblos y, comunidades indígenas, pero hace el alcance de que esta autonomía debe ser en consonancia con el orden jurídico vigente²²⁷. Por otro lado, se reconocen también los sistemas normativos internos, cultura, educación y la integración del Congreso Maya²²⁸.

- j) Estado de Oaxaca: En el año 1998 este estado introdujo el concepto de pueblo indígena como sujeto de derecho, reconoció a la comunidad indígena y a las agrupaciones lingüísticas los mismos derechos que a los pueblos²²⁹. Además, reconoció los sistemas normativos y la jurisdicción indígena, sin embargo, se hizo de manera tan restringida que únicamente tienen validez en asuntos menores²³⁰. Se reconoció el derecho a la libre determinación, pero también de forma muy restringida²³¹. Se avanzó igualmente en otras materias, pero cuya competencia corresponde a la legislación federal, por lo que no tienen ninguna validez, es el caso del acceso a los recursos naturales y a los medios de comunicación²³². En materia penal, se introdujo dentro de los delitos étnicos los de discriminación y etnocidio, sin embargo, el tipo penal es tan amplio y ambiguo que su aplicación es muy difícil²³³.

Además, en materia de usos y costumbres, se promulgó la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, que trata sobre autonomía, cultura y educación, sistemas normativos, mujeres indígenas, entre otros²³⁴.

²²⁵ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, pp. 169-170.

²²⁶ *Ibidem*, p. 170.

²²⁷ *Ídem*.

²²⁸ *Ídem*.

²²⁹ *Ibidem*, pp. 161-162

²³⁰ *Ibidem*, p. 162

²³¹ *Ídem*.

²³² *Ídem*.

²³³ *Ibidem*, pp. 161-162.

²³⁴ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, p. 27

- k) Estado de Michoacán: Su Constitución también fue modificada reconociendo derechos a los indígenas, pero como individuos y no como pueblos²³⁵.

En el ámbito reglamentario, en este estado rige la Ley de Justicia Comunal del Estado de Michoacán de Ocampo, que establece el reconocimiento de usos y costumbres en materia de justicia, instaurando un sistema de justicia comunal, los órganos de éste, las competencias, medios de apremio, sanciones y medidas de seguridad.²³⁶

- l) Estado de Quintana Roo: En la modificación a su Constitución en el año 1998 también al reconocer derechos se refiere a los miembros de las etnias que habitan comunidades, es decir a los individuos, no a los pueblos indígenas²³⁷. Además, no reconoce los sistemas de impartición de justicia propios de los pueblos indígenas sino instituye uno al cual deberán sujetarse²³⁸. Por su parte, encarga a la ley la efectiva protección, regulación y validación del desarrollo y ejercicio de sus lenguas, cultura, usos, costumbres, actos, recursos y formas específicas de organización social²³⁹, sin establecer estos derechos como garantías constitucionales.

Un año antes de la reforma ya se había promulgado la Ley de Justicia Indígena del Estado de Quintana Roo que reglamentaba el sistema de justicia indígena, los órganos encargados de impartirla, sus competencias, medios de apremio, sanciones y medidas de seguridad, las consignaciones por los jueces tradicionales y las formalidades del procedimiento²⁴⁰. Por su parte luego de la reforma se publicó la Ley de Derecho, Cultura y Organización Indígena del Estado de Quintana Roo, que abarca más materias que su antecesora, como por ejemplo derecho a la cultura, educación, salud, desarrollo, autonomía, entre otros temas, sin que aquella haya quedado sin vigencia²⁴¹.

²³⁵ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 165.

²³⁶ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, p. 25

²³⁷ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 166.

²³⁸ Ídem.

²³⁹ Ídem.

²⁴⁰ Ibidem, pp. 166-167.

²⁴¹ Ibidem, p. 167.

m) Estado de Chiapas: Luego de la guerra contrainsurgente contra el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, en el año 1999 se reformó la Constitución de este estado declarando su composición pluricultural sustentada en la presencia de los pueblos indígenas, sin embargo, al igual que la mayoría de las Constituciones que hemos visto hasta ahora no reconoce ningún derecho a los pueblos indígenas sino a sus comunidades.²⁴² Dentro de estos derechos se encuentra el de elegir a sus autoridades tradicionales de acuerdo con sus usos, costumbres y tradiciones; se establece en materia penal que en todo juicio en que una de las partes sea indígena se tomará en consideración su cultura, usos, costumbres y tradiciones, y a compurgar sus penas preferentemente en los establecimientos más próximos a sus comunidades²⁴³, sin embargo, estas son meras sugerencias y no constituyen una verdadera obligación para el juzgador.

A pesar de los derechos que se reconocen, una de las disposiciones de la Constitución chiapaneca sostiene que todos estos derechos deberán ser protegidos y regulados por la ley reglamentaria, y además serán garantizados por las autoridades estatales y municipales, así como por las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas.²⁴⁴ Esto es un problema, ya que ninguno de los derechos consagrados en la Constitución podrá ser ejercido mientras no haya ley reglamentaria.

En materia de usos y costumbres, existe la Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas, que trata sobre jurisdicción, defensoría de oficio indígena, mujeres y niños indígenas, cultura y educación, servicios de salud, protección de los derechos laborales, tierras, recursos naturales y desarrollo económico.²⁴⁵

n) Estado de Puebla: Su Constitución fue modificada luego de la reforma constitucional federal del año 2001, apartándose de la redacción de la Constitución federal, pero manteniendo su contenido²⁴⁶. Esta modificación se caracterizó por reforzar las políticas

²⁴² Ídem.

²⁴³ *Ibidem*, pp. 167-168

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 169.

²⁴⁵ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, p. 19.

²⁴⁶ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p.172

asistenciales, alejándose de lo que se pretendía dejar atrás con las reformas al orden jurídico, para sustituirlas por derechos colectivos²⁴⁷. Si bien declara la composición pluricultural del estado sustentado en sus pueblos y comunidades indígenas, los pueblos indígenas del estado difícilmente aceptarían ser tratados como comunidades²⁴⁸. Además, remite a las leyes reglamentarias el establecimiento de los derechos y las formas de hacerlos valer, sin reconocer directamente los derechos a los pueblos y comunidades²⁴⁹, pero sí establece una serie de bases sobre las cuales se deberán reconocer tales derechos, estas son, entre muchas otras²⁵⁰: la libre determinación en su versión de autonomía, elección o designación de autoridades internas, aplicación de sus propios sistemas normativos en la solución de conflictos internos, protección y promoción de sus lenguas, culturas, usos y costumbres, acceso al uso y disfrute preferentes de los recursos naturales ubicados en sus tierras o en la totalidad del hábitat que ocupan. Estas bases si bien fueron numerosas, no existe ningún mecanismo para que los pueblos indígenas exijan su cumplimiento²⁵¹.

En el ámbito reglamentario, existe la Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Puebla, la que trata sobre derechos de estos pueblos y comunidades, mujeres, jóvenes y niños indígenas, libre determinación, cultura y educación indígena, participación indígena en la planeación del desarrollo estatal y municipal, recursos naturales, defensa y protección de los derechos laborales de los indígenas, justicia indígena, salud y asistencia y sobre organización institucional en materia indígena.²⁵²

- o) Estado de Sinaloa: Al igual que varios estados, reformó su Constitución luego de la reforma constitucional federal del año 2001, pero de manera más concisa, reconociendo únicamente la composición pluricultural del estado y el derecho a preservar la forma

²⁴⁷ Ídem.

²⁴⁸ Ibidem, p. 173

²⁴⁹ Ídem.

²⁵⁰ Ídem.

²⁵¹ Ibidem, p. 175.

²⁵² Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, pp. 27-28

de vida de sus pueblos indígenas, y elevar el bienestar social de sus integrantes.²⁵³ Y luego establece que la ley protegerá y promoverá el desarrollo de los pueblos²⁵⁴.

- p) Estado de Morelos: Su Constitución fue reformada siguiendo la reforma constitucional federal de 2001, pero apartándose de la redacción de ésta. Como la mayoría de las constituciones estatales, declara la pluriculturalidad del estado sustentada en sus pueblos y comunidades indígenas, para luego disponer que reconoce los derechos de los pueblos y comunidades indígenas “sobre las siguientes bases”²⁵⁵. Con lo anterior no está claro si la Constitución reconoce derechos o solo bases sobre las cuáles las leyes podrán reconocer derechos a los pueblos y comunidades indígenas.²⁵⁶ Dentro de estas bases o derechos se reconoce “la unidad de los pueblos, sus lenguas y culturas, la prohibición de la discriminación, la posibilidad de las comunidades de un mismo municipio de coordinarse internamente, su derecho y obligación de salvaguardar la ecología y el medio ambiente, así como preservar los recursos naturales, la garantía de acceso a la jurisdicción del estado, la aplicación de sus sistemas normativos en la solución de conflictos internos y la elección de su gobierno interno a partir de sus propios procedimientos”²⁵⁷. Al igual que otros estados establece que las leyes secundarias incorporen las bases que la Constitución Federal y la del estado contienen²⁵⁸.

En este estado se promulgó la Ley de Fomento y Desarrollo de los Derechos y Cultura de las Comunidades y Pueblos Indígenas del Estado de Morelos, que en lo medular trata sobre autonomía, cultura y educación, sistemas normativos de estos pueblos y comunidades, procuración y administración de justicia, medicina tradicional, lengua, derechos de las mujeres y niños indígenas, indígenas migrantes, derechos laborales,

²⁵³ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, p. 179.

²⁵⁴ Ídem.

²⁵⁵ Ibidem, p. 176.

²⁵⁶ Ídem.

²⁵⁷ Ídem.

²⁵⁸ Ídem.

tierras y territorios, reacomodos y desplazamientos, aprovechamientos de recursos naturales, derecho a la consulta y participación ciudadana, entre otros.²⁵⁹

Según lo expuesto los principales temas tratados por las leyes estatales en materia indígena corresponden al reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas en distintos términos, dependientes de cada Estado; la autonomía de estos; su identidad; reconocimiento a sus sistemas normativos y a sus autoridades; reconocimiento a sus sistemas de justicia; y reconocimiento de sus usos y costumbres en distintas materias. Sin embargo, no todas estas materias son tratadas por la legislación de todos los estados de México, siendo algunos más exhaustivos que otros, además en ciertos estados al momento de legislar a veces se incurre en errores como legislar sobre materias que están fuera de su competencia. En otros tantos casos ocurre que la Constitución Estatal reconoce derechos a los pueblos y comunidades indígenas, pero remite su efectivo reconocimiento a las leyes reglamentarias o secundarias, ocurriendo en algunos estados que estas leyes aún no han sido debidamente desarrolladas, dejando a las comunidades indígenas sin una protección real.

De esta forma, podemos observar que las materias sobre las cuales se regula son similares entre los estados, siendo las disposiciones constitucionales muy parecidas unas de otras. Sin embargo, la forma que en el reconocimiento se lleva a la práctica varía en cada caso, no siendo unitaria la manera en que los estados se relacionan con sus pueblos originarios.

3. Análisis de la legislación indígena mexicana a la luz del Convenio 169 de la OIT

De lo acuerdo a lo anteriormente expuesto, de los treinta y un estados de la República mexicana, diecinueve han introducido modificaciones en sus constituciones para incluir derechos de los indígenas, cinco de estos estados han aprobado leyes reglamentarias para hacer efectivo el reconocimiento contenido en sus normas constitucionales, mientras que nueve no

²⁵⁹ Gamboa, Claudia & Valdés, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, pp. 25-26

han realizado ningún cambio en su legislación para reglamentar las disposiciones constitucionales a favor de sus pueblos originarios. Por su parte ocho estados han incorporado disposiciones sobre derechos indígenas en algunas leyes reglamentarias sobre diversas materias²⁶⁰.

Luego de la reforma de la Constitución Federal del año 2001, trece de las diecinueve constituciones estatales que contienen disposiciones sobre materia indígena, se encuentran desactualizadas y de las seis actualizadas todas trasladan su cuerpo normativo al contenido de la Constitución Federal²⁶¹.

Desde la ratificación del Convenio 169 por parte de México en el año 1990 y el posterior reconocimiento de sus pueblos indígenas en el año 1992, se puede decir que ha habido un avance continuo de la legislación en materia indígena. Así las cosas, el tema de los derechos indígenas se ha colocado como parte de las preocupaciones de los miembros del Congreso de la Unión²⁶². Sin embargo, no siempre se ha legislado de la mejor manera, ya que “en la mayoría de los casos las referencias a los pueblos indígenas y sus derechos en la legislación se hacen no en su calidad de sujetos de derechos sino más bien de forma testimonial, como para decir que se les tomó en cuenta”²⁶³.

De los principales derechos consagrados por el Convenio 169, vemos que unos de los más desarrollados por la legislación mexicana es la libre determinación y los que dicen relación a derechos económicos, sociales y culturales, pero se desarrolla muy poco el derecho a la consulta previa y derecho a la propiedad, posesión de tierras y sobre los recursos naturales que en ellas se encuentran. Así las cosas, se puede concluir que a pesar de la gran cantidad de legislación tanto estatal como federal sobre materia indígena, existen ciertos temas que no son tratados en los términos del Convenio 169 de la OIT, siendo posible afirmar que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas no asegura que haya una efectiva protección a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, ya que vemos que a pesar de que México ratificó el Convenio 169 muy tempranamente y posteriormente reconoció constitucionalmente a sus

²⁶⁰ López, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, pp. 179-180.

²⁶¹ Ibidem, p. 180.

²⁶² Ibidem, p. 148

²⁶³ Ídem.

pueblos indígenas, su desarrollo legislativo no ha sido el que se podría esperar, existiendo materias en las que aún se encuentra al debe.

Capítulo III: Legislación Indígena en Chile

En nuestro país, desde el año 1810 hasta hoy, se ha ignorado totalmente la existencia de los pueblos indígenas a nivel constitucional, mencionándose únicamente en la Constitución de 1822, en donde, en palabras de Diego Namuncura, un “escueto e irrelevante” artículo número 47, disponía lo siguiente: “Corresponde al Congreso, cuidar de la civilización de los indios del territorio”²⁶⁴. Luego de aquello, ninguna de las siete constituciones siguientes menciona siquiera un concepto, palabra, frase o idea cercana al tema indígena²⁶⁵. Según Namuncura se trata de la mayor soberbia de nuestra construcción como Estado y como nación: la indiferencia absoluta de sus pueblos originarios²⁶⁶.

Distinto ha sido el caso del tratamiento que se le ha dado a los pueblos indígenas a nivel legislativo, donde al menos no se les ha ignorado y la forma en que se les ha reconocido ha ido transitando desde aquellas leyes que buscaban la asimilación total de los pueblos indígenas al Estado hegemónico hacia normativa que de a poco y quizás lentamente se ha ido adecuando a los estándares internacionales y de alguna u otra forma ha intentado dar respuesta a las demandas de estos pueblos. Respecto a este punto Maite de Cea y Claudio Fuentes sostienen que en nuestro país se ha dado una institucionalización progresiva de los derechos indígenas y desde 1990 ha habido avances legales en torno al reconocimiento de minorías étnicas, protección social, patrimonio y desarrollo²⁶⁷. Para ellos, dentro de los hitos legales más significativos destacan la aprobación de la Ley Indígena (1993), la creación del Fondo de Desarrollo Indígena (1996), y la materialización de un espacio marítimo costero para los pueblos originarios en zonas utilizadas ancestralmente (2008), ocupando el primer lugar como hito legislativo más relevante la aprobación del Convenio 169 de la OIT en el año 2008²⁶⁸.

Antes de desarrollar en extenso las leyes recién mencionadas y otras, se hará una breve reseña de la legislación indígena que operó en nuestro país con anterioridad a la entrada en

²⁶⁴ Namuncura, Domingo. (2016). Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y derecho indígenas en un nueva Constitución. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, pp. 37-38

²⁶⁵ Ídem.

²⁶⁶ Ibidem, p. 38

²⁶⁷ Fuentes, Claudio, & Cea, Maite de. (2017). Reconocimiento débil: derechos de pueblos indígenas en Chile. *Perfiles latinoamericanos*, 25(49), 55-75. <https://doi.org/10.18504/pl2549-003-2017>, pp. 6-7

²⁶⁸ Ibidem, p. 7

vigencia de la Ley N°19.253, por considerar que dicha normativa marcó el punto de partida de esta “institucionalización progresiva de los derechos indígenas”.

1. Breve referencia a la legislación indígena anterior a la Ley N°19.253

La primera mención de los indígenas en la legislación nacional ocurrió en el año 1813, cuando se estableció que éstos tendrían derechos equivalentes a los de los criollos²⁶⁹. Sin embargo, dicha norma quedó rápidamente sin efecto debido a que se incluía una trampa consistente en que para ser reconocidos como “ciudadanos” chilenos tenían que cumplir con una serie de requisitos imposibles de comprobar²⁷⁰. Ese mismo año, “la Junta de Gobierno ponía fin a los denominados Pueblos de Indios, instando a los indígenas a residir desde ahora en Villas Formales”²⁷¹. Más adelante, en 1819, en base a los principios liberales que inspiraban la independencia, se dictó un bando supremo en el que se consideraba a los indígenas “ciudadanos chilenos y libres como los demás habitantes del Estado”²⁷².

A partir de ahí, se fueron dando distintos hitos que reforzaban la idea de igualdad entre chilenos e indígenas y daban paso a políticas de asimilación, como por ejemplo el parlamento de Yumbel de 1823, en donde se reafirmó el principio de la integración ciudadana de todos los habitantes del territorio chileno, desde Atacama hasta Chiloé²⁷³, y la asignación de la tarea de evangelizar y educar a los indígenas ubicados al sur del río Cautín a los Capuchinos italianos en el año 1848²⁷⁴. Boccara y Seguel-Boccara, destacan que “indudablemente, la fuerza no era el

²⁶⁹ Namuncura, Domingo. (2016). Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y derecho indígenas en un nueva Constitución. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, p. 46

²⁷⁰ Ídem.

²⁷¹ 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, n°217, p. 741-774. Párrafo 16. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

²⁷² Ormeño, Hugo & Osses, Jorge. (1972). Nueva legislación sobre indígenas en Chile, en Cuadernos de la Realidad Nacional, nº 14. Santiago, Universidad Católica de Chile, p. 18. En: 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, n°217, p. 741-774. Párrafo 16. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

²⁷³ 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, n°217, p. 741-774. Párrafo 17. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

²⁷⁴ Ídem.

camino elegido para asimilar a los que eran considerados aún como los precursores del destino nacional”²⁷⁵.

Por otro lado, desde el año 1835 se comenzaron a dictar una serie de leyes sobre denuncios de tierras baldías²⁷⁶. La primera de estas leyes permitió la adquisición de grandes extensiones de terrenos en la Isla de la Laja²⁷⁷, y, tanto dicha ley como las posteriores normativas, desconocieron totalmente el sistema de tenencia y ocupación de tierras por parte de los indígenas, permitiendo al denunciante apropiarse de un terreno juzgado libre de propietario²⁷⁸.

A su vez, en el año 1845 se dictó una ley de colonización, sentando las bases de la futura llegada de los colonos extranjeros²⁷⁹, lo que trajo como consecuencia la instalación de colonos alemanes en la Isla de la Laja y en las provincias de Valdivia y Osorno²⁸⁰.

Otro golpe a la soberanía indígena fue la creación de la Provincia de Arauco en el año 1852, la que comprendía en su demarcación los territorios indígenas situados al sur del Bío-Bío y al norte de la provincia de Valdivia²⁸¹.

Luego, entre los años 1866 y 1883, se dictaron varias leyes que establecieron los sistemas de reducción de indígenas²⁸². Así la ley de 4 de diciembre de 1866, en palabras de Boccara y Seguel-Boccara “marca un hito en la política de despojo legal, ya que contempla el deslinde, por una comisión de ingenieros, de los terrenos pertenecientes a indígenas y declara baldías y, consiguientemente, propiedad del fisco las tierras sobre las cuales no se puede probar ocupación efectiva y continuada de un año”²⁸³. Ormeño y Osses sostienen que esta ley facilitó la apropiación de las tierras de indígenas, tanto por el Estado como por lo particulares²⁸⁴.

²⁷⁵Ídem.

²⁷⁶Ídem, párrafo 23

²⁷⁷Ídem.

²⁷⁸Ídem.

²⁷⁹Ídem, párrafo 24

²⁸⁰Ídem.

²⁸¹Ídem, párrafo 25

²⁸²Namuncura, Domingo. (2016). Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y derecho indígenas en un nueva Constitución. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, p. 46

²⁸³Boccara, 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, n°217, p. 741-774, párrafo 26. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

²⁸⁴Ormeño, Hugo & Osses, Jorge. (1972). Nueva legislación sobre indígenas en Chile, en Cuadernos de la Realidad Nacional, nº 14. Santiago, Universidad Católica de Chile, p. 18. En: Boccara, Guillaume & Seguel-Boccara, Ingrid. (1999). Políticas

Un poco antes de aquello, en el año 1862 había comenzado la “Pacificación de la Araucanía”, combinando la estrategia legal de colonización con la conquista militar, dando paso a un clima cada vez más antiindígena²⁸⁵. Así ilustra José Aylwin el plan de conquista del territorio indígena ideado por el Coronel Cornelio Saavedra: “En 1861 por encargo del gobierno, éste [Saavedra] delinea un plan de ocupación gradual de la Araucanía que el mismo año será presentado al Congreso. Su plan, en síntesis, consistía en el adelantamiento de la línea fronteriza hasta el río Malleco, línea que sería protegida con la construcción de una serie de fuertes, dejando como territorio mapuche independiente aquel comprendido entre el Malleco y el Toltén; la subdivisión y posterior enajenación de los terrenos del Estado comprendidos entre el Bío-Bío y el Malleco; y en la colonización por extranjeros de los terrenos de la Araucanía”²⁸⁶.

Para Boccara y Seguel-Boccara, ya no se trataba de establecer relaciones comerciales o alianzas políticas con los indígenas²⁸⁷, “el objetivo desde ahora era conquistar el territorio aún libre, fijar las poblaciones indígenas en reservas, despejar terrenos para los nuevos colonos e incentivar la explotación ‘racional’ del suelo en oposición a la etnocidaria que venía a negar toda posibilidad de soberanía de los indígenas sobre sus propios territorios”²⁸⁸.

Finalmente, entre los años 1870 y 1878, la línea de frontera avanzó hasta Traiguén, y la campaña militar de la “Pacificación de la Araucanía” terminó en 1883 con la refundación de la ciudad precordillerana de Villarrica, teniendo su etapa más violenta entre los años 1881 y 1883.²⁸⁹

Posterior a aquello, la normativa indígena se limitó principalmente al asunto territorial, sin considerar otras problemáticas indígenas, no haciéndose cargo de establecer relaciones con los

indígenas en Chile (siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo – El Caso Mapuche -. Revista de Indias, Vol. LIX, n°217, p. 741-774, párrafo 26. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

²⁸⁵ 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, n°217, p. 741-774, párrafo 26. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

²⁸⁶ Aylwin, José. (1995). Estudio sobre tierras indígenas de la Araucanía: antecedentes histórico-legislativos (1850-1920). Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, p. 17. En: 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, n°217, p. 741-774, párrafo 27. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

²⁸⁷ 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, n°217, p. 741-774, párrafo 29. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

²⁸⁸ Ídem.

²⁸⁹ Ibidem, párrafo 30

pueblos originarios ni implementando programas tendientes a su incorporación a la sociedad nacional²⁹⁰. Según Boccara y Seguel-Boccara, “aquello venía a negar por omisión toda validez al derecho consuetudinario indígena e ignorar la particularidad cultural de los pueblos autóctonos (...) Así, la derrota militar, la estatización de los mecanismos de funcionamiento sociopolítico, la política de urbanización y la presión ejercida por los nuevos poderes regionales tuvieron consecuencias dramáticas para los grupos mapuches. Constreñidos a radicarse en reducciones que abarcaron apenas el 6% de su territorio histórico, los autóctonos fueron sometidos a un proceso de campesinización y de pauperización”²⁹¹.

Así las cosas, el 20 de enero de 1883 se dictó una ley que definió tres ejes de acción: la radicación de indígenas, la enajenación de tierras fiscales en pública subasta y el otorgamiento gratuito de terrenos a colonos extranjeros y nacionales por el Estado²⁹². Políticas que no tardaron en relegar a los indígenas a un escenario de marginación social, aislamiento y empobrecimiento, situaciones que se han ido perpetuando con el tiempo y que gracias a aquello el pueblo mapuche se fue transformando en minoría étnica y empezó a ser sometido al sistema de dominación global y se ubicó en una situación de dependencia respecto del Estado-Nación y de la sociedad dominante²⁹³, escenario que se fue extrapolando al resto de los pueblos indígenas que componen nuestro país.

Cabe destacar que dicha situación no hizo más que permitir que la identidad de los pueblos originarios – sobre todo el pueblo mapuche – resistiera al modelo dominante. Boccara y Seguel-Boccaro lo ilustran de la siguiente manera: “Al despreocuparse de la situación económica, social y cultural indígena, al aislar y concentrar la población mapuche en reservas, las autoridades crearon las condiciones para que esta cultura se reprodujera y que la identidad autóctona perviviera. Así es como en ausencia de una política indigenista asimilacionista o integracionista coherente, la especificidad mapuche se mantuvo”²⁹⁴.

²⁹⁰ Ibidem, párrafo 33

²⁹¹ Ibidem, párrafo 34

²⁹² Aylwin, José. (1995). Estudio sobre tierras indígenas de la Araucanía: antecedentes histórico-legislativos (1850-1920). Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, p. 46. En: 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, n°217, p. 741-774, párrafo 35. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

²⁹³ 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, n°217, p. 741-774, párrafo 35. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

²⁹⁴ Ibidem, párrafo 36

De ahí en más se dictaron las siguientes leyes todavía con un claro rasgo asimilacionista:

- **Ley N°4.169 y Ley N°4.802**

Estas leyes, de los años 1927 y 1930 respectivamente, buscaban la debilitación de la propiedad comunitaria de los indígenas a través de procedimientos de división y liquidación, además consagraron las diferencias raciales y la expansión del Estado en los territorios indígenas, forzando la división de las comunidades²⁹⁵.

La ley N°4.169 en su artículo primero establecía la creación de un Tribunal Especial que “tenía dentro de sus atribuciones proceder a la división de las comunidades indígenas con título de merced y la restitución integral de las tierras adjudicadas durante el período de la radicación”²⁹⁶.

Luego la Ley N°4.802 tuvo como meta “concluir con el sistema de las comunidades mediante la aceleración de las divisiones y su posterior incorporación al sistema legal común”²⁹⁷; y además el Tribunal Especial fue sustituido por cinco juzgados de indios²⁹⁸.

Sin embargo, el 20 de mayo de 1931 se dictó un decreto ley que puso fin a la división obligatoria de las comunidades al exigir que por lo menos la tercera parte de los comuneros la pidiera²⁹⁹. Valenzuela señala que, si bien “no consagró la indivisibilidad absoluta de la propiedad indígena, por lo menos, permitió la paralización de las divisiones”³⁰⁰.

- **Ley N°14.511 de 1961**

Esta ley sobre establecimiento de Juzgados de Letras de Indios, fijó normas sobre división de comunidades, liquidación de créditos y radicación de indígenas, instauró el

²⁹⁵ Namuncura, Domingo. (2016). Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y derecho indígenas en un nueva Constitución. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, p. 47

²⁹⁶Boccaro, Guillaume & Seguel-Boccaro, Ingrid. (1999). Políticas indígenas en Chile (siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo – El Caso Mapuche -. Revista de Indias, Vol. LIX, n°217, p. 741-774, párrafo 43. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

²⁹⁷ Ídem.

²⁹⁸ Ídem.

²⁹⁹ Ídem.

³⁰⁰ Valenzuela, Mylene. (1992). La legislación mapuche y la política indígena del Estado chileno. Santiago, Tesis, Universidad de Chile, p. 77. En: Boccaro, Guillaume & Seguel-Boccaro, Ingrid. (1999). Políticas indígenas en Chile (siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo – El Caso Mapuche -. Revista de Indias, Vol. LIX, n°217, p. 741-774. Párrafo 43. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

régimen legal de la propiedad indígena, estableciendo normas sobre inembargabilidad de bienes indígenas, prohibición de enajenar, radicación de crédito indígena, exención de impuestos y expropiación de terrenos de comunidades indígenas por el presidente de la República, creó los Juzgados de Indios y se impusieron los Títulos de Merced³⁰¹. En esta ley el enfoque ya no estaba en dividir la tierra indígena sino más bien en la protección de los indígenas ante los abusos provocados anteriormente, sin embargo, versa sobre los mismos temas que sus antecesoras, sin resolver otras problemáticas que aquejaban a la población indígena.

Sin embargo, entre los artículos 97 a 100, pertenecientes a las disposiciones complementarias, establece la creación de centros educacionales en las reservas. Aquello produjo que “las escuelas se multiplicaran en las zonas rurales imponiendo el arbitrio cultural occidental, acentuando la dinámica de aculturación impuesta, pero sin entregar reales oportunidades de inserción en la sociedad dominante”³⁰². Como dicen Boccara y Seguel-Boccara, “la distribución desigual de los recursos culturales (capital cultural) y de las oportunidades (capital social y económico) tendió a intensificar la dinámica aculturativa de inserción social subordinada”³⁰³. Además, la educación monocultural y monolingüe, como instrumento de control cultural por excelencia, “fue acompañada por la imposición de programas de salud que no tomaban en cuenta las concepciones autóctonas del cuerpo y de la enfermedad”³⁰⁴.

Finalmente, luego de la promulgación de las leyes recién mencionadas, el total de comunidades divididas entre 1931 y 1971 fue de 832³⁰⁵. Según Boccara y Seguel-Boccara, “dadas las frágiles protecciones otorgadas por las distintas leyes, se calcula que alrededor de

³⁰¹ Namuncura, Domingo. (2016). Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y derecho indígenas en una nueva Constitución. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, p. 47

³⁰² Mariman, Pablo. (1997). Demanda por educación en el movimiento mapuche en Chile, 1910 - 1995, en Pueblos indígenas, educación y desarrollo. Santiago, Centro de Estudio Para el Desarrollo de la Mujer/Instituto de Estudios Indígenas, pp. 129-201. En: 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, n°217, p. 741-774, párrafo 47. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³⁰³ 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, n°217, p. 741-774, párrafo 47. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³⁰⁴ Ídem.

³⁰⁵ Ibidem, párrafo 45

100.000 hectáreas de las antiguas comunidades pasaron a manos de particulares no-indígenas”³⁰⁶.

Luego, cambiando el enfoque de las políticas de integración, en el año 1972 se dictó la ley 17.729 que, por primera vez se propuso un cuerpo regulatorio que podría entenderse como un reconocimiento formal de los pueblos y tierras indígenas, estatuto aplicable a estos, normas sobre educación y fomento cultural. Se promulgó en el marco de la Reforma Agraria y logró que los pueblos indígenas recuperaran gran cantidad de hectáreas de tierras³⁰⁷.

Boccará y Seguel-Boccará, sostienen que si bien “las políticas aplicadas por el Estado con respecto a los indígenas en general y a los mapuches en particular no escaparon del todo al escollo etnocéntrico”³⁰⁸, la política indígena implementada por la Unidad Popular se diferenció por lo menos en cuatro aspectos de la perspectiva asimilacionista adoptada desde que fue dictada la primera ley de división de 1927³⁰⁹: reconocer la existencia en el territorio nacional de grupos culturalmente diferenciados, hacer del asunto indígena un problema nacional, reconocer la deuda histórica que tenía el Estado para con los indígenas y sacar a la luz el tema de la participación autóctona³¹⁰.

Así las cosas, “para la preparación de la ley y para los programas posteriores, las autoridades contaron con la colaboración de científicos sociales (antropólogos, sociólogos, economistas)”³¹¹, demostrando que por primera vez el problema indígena se enfocaba como un asunto social y cultural³¹².

Junto con los objetivos de poner término a los procesos de división e impulsar la restitución de tierras, esta ley también tuvo como objetivo promover el desarrollo económico

³⁰⁶ Ormeño, Hugo & Osses, Jorge. (1972). Nueva legislación sobre indígenas en Chile, en Cuadernos de la Realidad Nacional, nº 14. Santiago, Universidad Católica de Chile, p. 21. En: Boccará, Guillaume & Seguel-Boccará, Ingrid. (1999). Políticas indígenas en Chile (siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo – El Caso Mapuche -. Revista de Indias, Vol. LIX, nº217, p. 741-774, párrafo 45. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³⁰⁷ Namuncura, Domingo. (2016). Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y derecho indígenas en un nueva Constitución. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, p. 47

³⁰⁸ Boccará, Guillaume & Seguel-Boccará, Ingrid. (1999). Políticas indígenas en Chile (siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo – El Caso Mapuche -. Revista de Indias, Vol. LIX, nº217, p. 741-774, párrafo 51. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³⁰⁹ Ídem.

³¹⁰ Ídem.

³¹¹ Ibidem, párrafo 54. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³¹² Ibidem, párrafo 54. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

y social indígena³¹³. Para aquello y dado que se buscaba que el desarrollo fuera integral (económico, social y cultural), se creó el Instituto de Desarrollo Indígena, que estuvo encargado de llevar a cabo una política que respetara la “idiosincrasia y las costumbres de los indígenas”³¹⁴ y se incorporaron indígenas al Consejo de Dirección Superior del IDI, buscando la participación activa de los autóctonos en la promoción del progreso e integración sin asimilación³¹⁵. Este instituto tenía “facultades para conceder créditos agrícolas y asistencia técnica, capacitar a los indígenas, promover e integrar a las culturas autóctonas, elaborar programas de alfabetización, promocionar el desarrollo de la artesanía y fomentar el ingreso de indígenas en las universidades”³¹⁶.

Como vemos, el Estado chileno da un vuelco en el tratamiento del tema indígena, avanzando en la implementación de políticas indigenistas, dejando atrás la asimilación que caracterizó a toda la normativa anterior.

Sin embargo, en dictadura dicha ley quedó sin efecto en el año 1978, deteniendo el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios y postergando en dos décadas el debate insoslayable alrededor de los temas del etnodesarrollo, del pluralismo cultural y de la autonomía interna³¹⁷.

Luego de aquello se promulgó el Decreto Ley N°2.568 que reguló la relación con los pueblos indígenas hasta el final de la dictadura³¹⁸. Esta normativa tuvo como eje director acelerar el proceso de división y liquidar las comunidades³¹⁹ y su promulgación se consideró necesaria para terminar con las discriminaciones positivas contenidas en las normativas anteriores, estableciendo mecanismo que permitían dividir las reservas a petición de un solo de sus miembros a través de un mecanismo expedito y gratuito ante el juez de letras³²⁰.

³¹³ Ibidem, párrafos 55-56. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³¹⁴ Ibidem, párrafo 56

³¹⁵ Ídem.

³¹⁶ Ídem.

³¹⁷ Ibidem, párrafo 57

³¹⁸ Namuncura, Domingo. (2016). Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y derecho indígenas en una nueva Constitución. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, p. 47

³¹⁹ 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, n°217, p. 741-774, párrafo 58. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³²⁰ Ibidem, párrafo 59

A pesar de que establecía la imposibilidad de enajenar las hijuelas durante 20 años desde la fecha de inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, esta ley “dejaba abierta la posibilidad de gravar o hipotecar las hijuelas a favor de cualquier organismo del Estado y de instituciones financieras o bancarias”³²¹. Además, dado que no se refería a los contratos de arriendo, permitía la firma de ese tipo de contratos hasta por 99 años³²².

El otro eje director de esta ley fue la “muerte legal del indígena”³²³, dado que su artículo 1° b disponía que: “A partir de la fecha de su inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, las hijuelas resultantes de la división de las reservas dejarán de considerarse tierras indígenas, e indígenas a sus dueños o adjudicatorios”³²⁴. Además, se procedió a la sustitución del Instituto de Desarrollo Indígena por el Instituto de Desarrollo Agropecuario³²⁵.

En consecuencia, entre los años 1979 y 1990, se procedió a la división de la casi totalidad de las reducciones y 72.068 títulos de dominio fueron entregados por una superficie total de aproximadamente 465.000 hectáreas³²⁶.

A fines de los años 80, dados los contactos existentes entre numerosas comunidades mapuche y el movimiento político de lucha por la recuperación de la democracia, el tema de los derechos de los pueblos originarios se integró a la plataforma de la Concertación de Partidos por la Democracia. Así en 1989 el entonces candidato de la Concertación, Patricio Aylwin, suscribió un Acta de Compromiso con las organizaciones indígenas³²⁷.

³²¹ Ídem.

³²² Aylwin, José & Castillo, Eduardo. (1990). Legislación sobre indígenas en Chile a través de la historia. Santiago, Comisión Chilena de Derechos Humanos, 1990, p. 13. En: 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, n°217, p. 741-774, párrafo 59. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³²³ 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, n°217, p. 741-774, párrafo 60. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³²⁴ Decreto Ley N° 2.568, de 1979, Diario Oficial, n° 30.326, 28 de marzo de 1979, Capítulo I, artículo 1° b.

³²⁵ 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, n°217, p. 741-774, párrafo 60. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³²⁶ Aylwin, José & Castillo, Eduardo. (1990). Legislación sobre indígenas en Chile a través de la historia. Santiago, Comisión Chilena de Derechos Humanos, p. 14. En: 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, n°217, p. 741-774, párrafo 60. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³²⁷ 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, n°217, p. 741-774, párrafo 63. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

Luego una vez retornada la democracia, en 1990 se creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI), organismo asesor del presidente de la República, “con la finalidad de coordinar las políticas públicas referidas a los pueblos indígenas y preparar un anteproyecto de ley”³²⁸ (decreto supremo N°30, 27 de mayo de 1990), y en 1991 se creó la Comisión de Educación y Cultura Indígena como órgano asesor del Ministerio de Educación.

2. Ley N°19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas

La Ley Indígena, publicada el 5 de octubre de 1993, deroga toda la normativa indígena existente hasta ese momento en el país, estableciendo normas que regulan de manera más completa la protección, fomento y desarrollo de las distintas etnias de Chile, creando además la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), estableciendo de esta forma una nueva institucionalidad pública, encargada de velar por los intereses de los pueblos indígenas³²⁹.

Esta ley fue promulgada y publicada durante el gobierno de Patricio Aylwin, luego de que en el año 1990 se originara la Comisión Especial para Pueblos Indígenas (CEPI), entidad que estableció y desarrollo el diálogo entre comunidades indígenas y el Poder Legislativo, situación que finalmente dio lugar a la derogación del Decreto Ley 2.568 y consecuentemente a la aprobación de la Ley N°19.253³³⁰. Así, el candidato presidencial por la Concertación de Partidos por la Democracia se reunió en Nueva Imperial con representantes y autoridades de los pueblos indígenas en el “Encuentro Nacional Indígena”³³¹. Ahí Patricio Aylwin se comprometió a mejorar la calidad de vida de los pueblos indígenas, a través de políticas públicas y reformas constitucionales y legales.³³²

³²⁸ Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 130

³²⁹ Ídem.

³³⁰ Namuncura, Domingo. (2006). A 13 años de la ley indígena en Chile. Centro de Estudios Miguel Enríquez, Archivo Chile, p. 1. En: Maquilón, Diana. (2012). Los derechos sociales en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 162.

³³¹ Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 130

³³² Ídem.

“Con la promulgación de esta legislación se reconocieron las principales etnias del país (mapuche, aymara, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, diaguita y Chango del norte del país, y las comunidades kawashkar o alacalufe y yámana o yagán, de los canales australes) y se estableció un conjunto de normas orientadas a la protección y desarrollo de los pueblos indígenas”³³³, normas que tienen su fundamento en el reconocimiento de una diversidad cultural y étnica al interior del Estado de Chile³³⁴.

Además de reconocer la existencia de etnias indígenas en el territorio nacional, reconoce el pluralismo cultural existente en Chile, dicta mecanismos tendientes a proteger las tierras indígenas, crea un Fondo de Tierras y Aguas con el fin de adquirir tierras para personas y comunidades, y crea un Fondo de Desarrollo Indígena dirigido a financiar programas especiales, así como áreas de desarrollo indígena³³⁵. A su vez, promueve y protege las culturas e idiomas indígenas, y establece el desarrollo de un sistema de educación bilingüe en aquellas áreas de alta densidad indígena³³⁶.

De esta forma, en los artículos que componen la ley se identifican diversas temáticas, tales como “el reconocimiento jurídico de las comunidades; el fomento a la participación; la discriminación positiva; la protección y ampliación de las tierras indígenas; la focalización de recursos del Estado para el desarrollo; la creación del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas; la conciliación y arbitraje; el reconocimiento, respeto y protección de las culturas indígenas; el desarrollo de un sistema de educación intercultural bilingüe; mecanismos de autoidentificación de indígenas urbanos y migrantes; y el reconocimiento a las particularidades de los pueblos indígenas”³³⁷.

³³³ Maquilón, Diana. (2012). Los Derechos Sociales en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación. Dirección de Extensión y Publicaciones, Universidad Diego Portales, p. 163.

³³⁴ Ídem.

³³⁵ Boccara, 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, n°217, p. 741-774, párrafo 65. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³³⁶ Ídem.

³³⁷ Gobierno de Chile. (2010). “Memoria presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al período 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, (Núm. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008”, p. 19. En: Maquilón, Diana. (2012). Los Derechos Sociales en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación. Dirección de Extensión y Publicaciones, Universidad Diego Portales, p. 163.

Entre los aspectos más relevantes de esta ley y en los cuales innova en relación a la normativa anterior que solo hacía referencia a la propiedad indígena, se puede mencionar el reconocimiento al valor jurídico de la costumbre indígena, la aceptación del uso de la lengua indígena en juicio, además de referirse a la cultura y desarrollo de estos pueblos.

Esta ley significó un importante avance en la normativa indígena de nuestro país, ya que luego de más de un siglo se puso fin en parte a una política deliberadamente asimilacionista³³⁸, reconociendo al menos la pluriétnicidad de la nación chilena.

A pesar de aquello, dicha legislación no está exenta de problemas. Así por ejemplo Boccara y Seguel-Boccara destacan que, a nivel jurídico, al no reconocer la existencia de “pueblos indígenas”, “la ley se ubica en una posición bastante conservadora respecto de las normativas internacionales vigentes”³³⁹. Otra crítica importante es el desempeño que ha tenido la CONADI, ya que muchos indígenas no reconocen la representatividad de las organizaciones indígenas incorporadas en las estructuras intermediarias³⁴⁰, y además critican la lentitud con la cual se han llevado cabo las compras de tierras por parte de dicha institución³⁴¹.

Dable es destacar que las demandas indígenas actualmente se formulan en términos de autonomía interna, de autodeterminación y de descolonización interna³⁴², dando cuenta que en muchas de esas problemáticas nuestra actual ley indígena queda al debe y no alcanza para dar solución a cada una de ellas. A pesar de aquello, sin duda esta ley significó un gran avance en cuanto al reconocimiento de nuestros pueblos originarios, lo que se vio reforzado con la ratificación del Convenio 169 de la OIT del año 2008.

³³⁸Boccara, 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, n°217, p. 741-774, párrafo 67. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³³⁹ Ibidem, párrafo 68.

³⁴⁰ Ibidem, párrafo 71

³⁴¹ 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, n°217, p. 741-774, párrafo 71. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

³⁴²Boccara, 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, n°217, p. 741-774, párrafo 71. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>

3. Legislación indígena posterior a la Ley N°19.253

Como hemos podido apreciar, fueron dos siglos republicanos de disposiciones unilaterales, así como de múltiples intentos de diálogo y negociación, dando lugar muchas veces a “acuerdos prontamente transgredidos, mientras que en el último tiempo, a partir de una creciente sensibilidad internacional por las problemáticas indígenas y la recuperación de la democracia, se han podido observar actos y decisiones gubernamentales orientadas a la legitimación de las demandas de los pueblos originarios, los que se han traducido, incluso, en cuerpos legales con pertinencia indígena (...) se generan así esperanzas de que desde el Estado no solo lleguen las fuerzas policiales (police) sino que también se generen mejores políticas públicas (policies) referentes a los pueblos originarios”³⁴³.

Dado el cambio de paradigma que trajo consigo la promulgación de la Ley Indígena, comenzaron a dictarse diversas leyes sectoriales que en parte importante de su articulado se refiere a los pueblos indígenas o lisa y llanamente establecen normativa indígena que viene a complementar en ciertas temáticas a la Ley N°19.253.

Al mismo tiempo, desde la dictación de la Ley Indígena, se han publicado una serie de decretos que reglamentan la aplicación de la ley a fin de llevar a cabo su puesta en práctica, estos son:

- DECRETO SUPREMO N°392 (publicado con fecha 12 de abril de 1994) que aprueba Reglamento que regula la acreditación de calidad de indígena, para la constitución de comunidades indígenas y para la protección del patrimonio histórico de las culturas indígenas.
- DECRETO SUPREMO N°150 (publicado con fecha 17 de mayo de 1994) que fija Reglamento sobre organización y funcionamiento del Registro Público de Tierras Indígenas.
- DECRETO SUPREMO N°395 (publicado con fecha 17 de mayo de 1994) que aprueba Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas.

³⁴³ Gissi, Nicolás; Ibacache, Daniela; Pardo, Bernardo & Ñancuqueo, Ma. Cristina. (2018). El Estado chileno, los lafkenche y la Ley 20.249 ¿Indigenismo o política de reconocimiento? Revista Austral de Ciencias Sociales 32, pp. 5-21, pp. 6-7

- DECRETO SUPREMO N°396 (publicado con fecha 17 de mayo de 1994) que aprueba Reglamento para la operación del Fondo de Desarrollo Indígena.
- DECRETO SUPREMO N°394 (publicado con fecha 8 de julio de 1994) que aprueba reglamento para la aplicación de los artículos 68 permanente y 12 transitorio de la Ley N°19.253.
- DECRETO SUPREMO N°464 (publicado con fecha 19 de diciembre de 1994) que reglamenta la aplicación de la letra D) del artículo 41 de la Ley N°19.253.
- DECRETO SUPREMO N°1963 (publicado con fecha 6 de mayo de 1995) que promulga el Convenio sobre la diversidad biológica.
- DECRETO SUPREMO N°70 (publicado con fecha 23 de abril de 1997) que declara Área de Desarrollo Indígena la zona que indica (Atacama La Grande).
- DECRETO SUPREMO N°71 (publicado con fecha 23 de abril de 1997) que declara Área de Desarrollo Indígena la zona que indica (Puerto Saavedra, sector Lago Budi).
- DECRETO SUPREMO N°93 (publicado con fecha 7 de mayo de 1997) que declara Área de Desarrollo Indígena la zona que indica (área del Alto Bío-Bío, compuesta por los valles de Queuco y Trapa Trapa y una sección del valle de cordillera del río Bío-Bío).
- DECRETO SUPREMO N°12 (publicado con fecha 20 de abril de 1998) que crea Comité para la implementación del Área de Desarrollo del Alto Bío-Bío.
- DECRETO SUPREMO N°158 (publicado con fecha 23 de julio de 1998) que declara día nacional de los Pueblos Indígenas el 24 de junio de cada año.
- DECRETO SUPREMO N°335 (publicado con fecha 12 de marzo 1999) que modifica Decreto Supremo N°394, del Ministerio de Planificación y Cooperación, de 24 de noviembre de 1993, publicado con fecha 8 de julio de 1994.
- DECRETO SUPREMO N°263 (publicado con fecha 23 de septiembre de 1999) que deroga Decreto N°464 de 1994, y aprueba Reglamento del Artículo 41 de la Ley N°19.253.
- DECRETO SUPREMO N°3 (publicado con fecha 13 de mayo de 2000) que aprueba Reglamento de la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua.

- DECRETO SUPREMO N°60 (publicado con fecha 10 de abril de 2001) que declara Área de Desarrollo Indígena la zona del Lago Lleu-Lleu, VIII Región del Bío-Bío.
- DECRETO SUPREMO N°67 (publicado con fecha 9 de mayo de 2001) que declara Área de Desarrollo Indígena territorio que indica en la I Región (área de Jiwasa Orajé, ubicada en la Provincia de Iquique).
- DECRETO SUPREMO N°5 (publicado con fecha 20 de junio de 2002) que promulga el Acuerdo con la UNESCO para el proyecto de preservación del Patrimonio Cultural de Isla de Pascua.
- DECRETO SUPREMO N°174 (publicado con fecha 3 de septiembre de 2004) que modifica Decreto N°395, del 1993, reglamento del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas.
- DECRETO SUPREMO N°111 (publicado con fecha 24 de noviembre de 2004) que declara Área de Desarrollo Indígena la zona que indica (área de “Te Pito O Te Henua”, ubicada y coincidente con el área correspondiente con la provincia de Isla de Pascua).
- DECRETO SUPREMO N°168 (publicado con fecha 30 de noviembre de 2004) que declara Área de Desarrollo Indígena la zona que indica (área de Puel Nahuelbuta).
- DECRETO SUPREMO N°224 (publicado con fecha 11 de marzo de 2005) que declara Área de Desarrollo Indígena la zona Alto Andino Arica-Parinacota.
- DECRETO SUPREMO N°258 (publicado con fecha 25 de enero de 2006) que modifica Decreto N°168 de 2004.
- DECRETO SUPREMO N°279 (publicado con fecha 28 de abril de 2006) que declara Área de Desarrollo Indígena la zona que indica (área de “Cabo de Hornos”).
- DECRETO SUPREMO N°134 (publicado con fecha 26 de mayo de 2009) que aprueba Reglamento de la Ley N°20.249 que crea el espacio costero marino de los pueblos indígenas.
- DECRETO SUPREMO N°124 (publicado con fecha 25 de septiembre de 2009) que reglamenta el artículo 34 de la Ley N°19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas.

- DECRETO SUPREMO N°40 (publicado con fecha 12 de agosto de 2013) que aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- DECRETO SUPREMO N°66 (publicado con fecha 4 de marzo de 2014) que aprueba Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica (Decreto Supremo N°124 del año 2009).
- DECRETO SUPREMO N°236 (publicado con fecha 14 de octubre de 2014) que promulga el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la OIT)
- DECRETO SUPREMO N°8 (publicado con fecha 4 de julio de 2018), Reglamento para la designación de los integrantes del Consejo Nacional y de los Consejos Regionales de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.
- DECRETO SUPREMO N°301 (publicado con fecha 10 de julio de 2018) que reglamenta la calidad de Educador Tradicional).
- DECRETO SUPREMO N°1546 (publicado con fecha 3 de mayo de 2019) que aprueba Reglamento de la Ley N°21.070 que regula el ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el territorio especial de Isla de Pascua.

Por su parte, dentro de la institucionalidad indígena las leyes más relevantes son las siguientes:

3.1.Ley N°19.300 sobre Bases General del Medio Ambiente (1994)

El 9 de marzo del año 1994, se publicó la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300, norma que ha sido de vital importancia para los pueblos indígenas³⁴⁴.

Esta ley tiene por objeto darle un contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, estableciendo para su aplicación los principios preventivo, el que contamina paga, gradualismo y el de responsabilidad³⁴⁵.

³⁴⁴ Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 130

³⁴⁵ Resumen de la Ley N°19.300 <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30667>

Uno de sus preceptos más importantes es el artículo 10 ya que somete una serie de proyectos y actividades al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental previo a su puesta en marcha, a través de una Declaración o de un Estudio de Impacto Ambiental.

Como ya vimos, la suscripción del Convenio N°169 de la OIT, obliga a los estados parte a practicar procesos de consulta indígena cada vez que, por medidas legislativas o administrativas, puede haber alguna afectación al medio en que habitan comunidades indígenas. Medidas que gran parte de las veces se trata de proyectos productivos o extractivos que deben pasar por el filtro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Así las cosas, esta ley se considera relevante para los pueblos indígenas, en tanto las actividades y proyectos de producción que pueden afectar el entorno en donde viven, además de someterse a la Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, también deben pasar de forma previa por la Consulta Indígena, a fin de que las comunidades eventualmente afectadas puedan manifestar su parecer aceptando o rechazando el proyecto. A pesar de que dicha consulta no es vinculante para el Estado, sí es una importante vía para que los pueblos indígenas sean tomados en cuenta a la hora de que el Servicio de Evaluación Ambiental resuelva la calificación ambiental de dichos proyectos a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Para que aquello se materialice, el poder ejecutivo ha dictado dos decretos, estos son el Reglamento para el sistema de evaluación de impacto ambiental, aprobado con el Decreto Supremo N°40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, y el Reglamento específico de la consulta, aprobado en el artículo 1 del Decreto Supremo N°66/2013, del Ministerio de Desarrollo Social.

Específicamente el artículo 8 inciso 1° del Reglamento de la consulta se remite a la normativa ambiental contenida en la Ley N°19.300³⁴⁶, que establece lo siguiente: *“La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental [...]”*.

³⁴⁶ Leppé, Juan Pablo. (2015). Consulta Indígena y Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental: Análisis de una relación normativa. Revista de Derecho (Valparaíso), (44), 369-384, p. 371. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100011>

A su vez, el artículo 85 del Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental dispone que: *“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental”*. Se colige de esta norma que los proyectos con impacto ambiental que darán origen a un proceso de consulta solo serán aquellos sometidos a evaluación vía estudio de impacto ambiental, cada vez que pudieran producir las circunstancias previstas en las letras c), d) y f), del artículo 11 de la Ley N°19.300³⁴⁷, dejando fuera aquellos sometidos a declaración de impacto ambiental.

Otro punto importante del artículo recién citado dice relación con la “afectación directa” que deben sufrir los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, para que proceda la consulta. A este respecto, Juan Pablo Leppe, destaca que el artículo 7 del Reglamento de la consulta aporta un criterio formal y otro material para determinar cuándo una afectación es directa³⁴⁸. De acuerdo al criterio formal, “las medidas administrativas susceptibles de afectar en forma directa a los pueblos indígenas serían los actos administrativos terminales de naturaleza discrecional”³⁴⁹. Y, el criterio material, está dado por el artículo 7 inciso 3°, última parte³⁵⁰, que dice: “(...) sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”.

Por su parte, en cuanto al procedimiento establecido para llevar a cabo el proceso de consulta, otra vez interrelacionando los Reglamentos de Consulta y del SEIA, el Servicio de

³⁴⁷ Ibidem, p. 372.

³⁴⁸ Ídem.

³⁴⁹ Ídem.

³⁵⁰ Ídem.

Evaluación Ambiental se encuentra habilitado normativamente para diseñar procedimientos particulares, dependiendo del caso a caso³⁵¹. Sin embargo, no podrá omitir las etapas que establece el Reglamento de consulta - planificación del proceso de consulta; entrega de información y difusión del proceso de consulta; deliberación interna de los pueblos indígenas; diálogo y, sistematización, comunicación de resultados y término del Proceso -, y tampoco podrá prescindir de los principios recogidos en forma expresa para efectos de informar los procedimientos - buena fe, procedimientos apropiados y carácter previo de la consulta-.³⁵²

Huelga decir que la consulta indígena no es lo mismo que participación de la comunidad durante el procedimiento ordinario de evaluación, dispuesto en el Párrafo 3° de la Ley N°19.300, denominado “De la Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental”, y se podría estimar que aquella sería una expresión especialísima de esta última³⁵³, dado que su objeto, principios, procedimientos y sujetos son diferentes, pudiendo considerarse a la participación ciudadana como la regla general³⁵⁴. Incluso, ambos procesos podrían darse en forma paralela, dado que los participantes de uno y otro difieren de tal modo que se da una relación de género-especie entre los mecanismos³⁵⁵.

Como ya vimos más arriba en este trabajo, el Reglamento de la Consulta Indígena, regula el mecanismo contenido en el Convenio N°169 de la OIT, y no incorpora el procedimiento de consulta del artículo 34 de la Ley Indígena, a diferencia del Decreto Supremo N°124/2009 que reglamentaba el artículo 34 de la ley N°19.253, a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas, que fue derogado por el actual reglamento sobre la consulta precisamente porque no cumplía con los principios establecidos por el Convenio N°169 de la OIT.

³⁵¹ Ibidem, p. 377

³⁵² Ibidem, pp. 377-378.

³⁵³ Ibidem, p. 379

³⁵⁴ Ídem.

³⁵⁵ Ibidem, p. 380

3.2.Ley N°20.249 que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios o Ley Lafkenche (2008)

Publicada el 31 de enero de 2008, esta ley crea la figura jurídica del espacio costero marino de los pueblos originarios, teniendo como objetivo “preservar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas vinculadas al borde costero”³⁵⁶.

La promulgación de esta ley se dio luego de la ratificación por parte del Estado chileno de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos en general y sobre pueblos indígenas en particular, entre ellos el Convenio N°169 de la OIT, con el objetivo de alcanzar un nivel de entendimiento con los pueblos originarios consecuente con dichas normativas internacionales³⁵⁷, y bajo el contexto de que los pueblos costeros denominados Lafkenche, no habían sido contemplados en el ordenamiento del litoral, en la Ley de Pesca y Acuicultura³⁵⁸, generándose por parte de los mapuche-lafkenche un movimiento social después de su promulgación en 1991³⁵⁹.

Así, luego de más de una década de negociaciones, “se promulgó en 2008 la Ley Lafkenche, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios y reconoce a los pueblos indígenas su condición de habitantes del borde costero, del cual hacen distintos usos consuetudinarios (pesquero, religioso, recreativo)”³⁶⁰.

Que la promulgación de esta ley se haya dado justo después de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT, la sitúa en un nuevo escenario jurídico, global y nacional³⁶¹, y además se diferencia de cualquier normativa antes instaurada en el país, pues emerge desde las comunidades, a partir de las consecuencias de la Ley de Pesca y Acuicultura³⁶².

³⁵⁶ Resumen de la Ley N°20.249 <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=269291>

³⁵⁷ Zelada, Sara & Park, James. (2013). Análisis crítico de la Ley Lafkenche (N°20.249): El complejo contexto ideológico, jurídico, administrativo y social que dificulta su aplicación. *Universum* (Talca), 28(1), pp. 47-72, pp. 48-49

³⁵⁸ *ibidem*, p. 51

³⁵⁹ Gissi, Nicolás; Ibacache, Daniela; Pardo, Bernardo & Ñancuqueo, Ma. Cristina. (2018). El Estado chileno, los lafkenche y la Ley 20.249 ¿Indigenismo o política de reconocimiento? *Revista Austral de Ciencias Sociales* 32, pp. 5-21, p. 5.

³⁶⁰ Gissi, Nicolás; Ibacache, Daniela; Pardo, Bernardo & Ñancuqueo, Ma. Cristina. (2018). El Estado chileno, los lafkenche y la Ley 20.249 ¿Indigenismo o política de reconocimiento? *Revista Austral de Ciencias Sociales* 32, pp. 5-21, p. 5.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 9

³⁶² *Ídem*.

Las comunidades Lafkenche son aquellas que ocupan el territorio costero mapuche situado entre el Golfo de Arauco y las provincias de Chiloé y Palena³⁶³, tienen un sistema de producción diversificado, de subsistencia familiar, siendo la actividad económica principal la recolección marina de invertebrados y algas³⁶⁴, además se dedican a la pesca de orilla, aprovechamiento del lobo marino, la recolección terrestre, las actividades agropecuarias y forestales y el trabajo asalariado³⁶⁵.

Dable es destacar que si bien la Ley N°20.249 se denomina como Ley Lafkenche, la figura administrativa del “Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios”, tal como lo indica su nombre, se le otorga a todas aquellas comunidades indígenas que desde tiempos inmemoriales han hecho un uso consuetudinario de este espacio en distintos ámbitos de su vida. Sin embargo, se le denomina así, dado el protagonismo que tuvieron los mapuche-lafkenche en el proceso de la creación de esta ley, “debido a su manifiesto interés por contar con espacios costero-marino que les permitan mantener sus prácticas económicas y usos culturales”³⁶⁶.

De acuerdo a esta ley, los bienes comprendidos en el borde costero que están bajo la supervigilancia y administración del Ministerio de Defensa Nacional, y en particular de la subsecretaría de Fuerzas Armadas (anteriormente Subsecretaría de Marina) serán susceptibles de ser declarados como espacio costero marino de pueblos originarios³⁶⁷. Para aquello la comunidad interesada debe ingresar una solicitud ante la subsecretaría de Pesca, y luego la Conadi deberá acreditar el uso consuetudinario de esos espacios, a través de prácticas que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura³⁶⁸.

Acreditado el uso consuetudinario y resuelta la solicitud, se destina un espacio marino delimitado, entregando su administración a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido su uso consuetudinario, teniendo dicho convenio de uso carácter indefinido.³⁶⁹

³⁶³ Zelada, Sara & Park, James. (2013). Análisis crítico de la Ley Lafkenche (N°20.249): El complejo contexto ideológico, jurídico, administrativo y social que dificulta su aplicación. *Universum* (Talca), 28(1), pp. 47-72, p. 54

³⁶⁴ Ídem.

³⁶⁵ Ídem.

³⁶⁶ Gissi, Nicolás; Ibacache, Daniela; Pardo, Bernardo & Ñancucheo, Ma. Cristina. (2018). El Estado chileno, los lafkenche y la Ley 20.249 ¿Indigenismo o política de reconocimiento? *Revista Austral de Ciencias Sociales* 32, pp. 5-21, p. 11

³⁶⁷ Resumen de la Ley N°20.249 <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=269291>

³⁶⁸ Ídem.

³⁶⁹ Ídem.

Para su implementación se dictó el Decreto Supremo N°134 que aprueba el Reglamento de la Ley N°20.249, del Ministerio de Planificación, publicado el 26 de mayo de 2009.

De esta ley hay quienes critican que se establezca como borde costero los 80 metros de playa desde la línea de la más alta marea – según lo dispone el artículo 2° del Decreto N°340 al que se remite el Reglamento de la Ley Lafkenche en su definición de Espacio costero marino de pueblos originarios -, ya que para estas comunidades “no es posible que ese espacio absolutamente delimitado corresponda al territorio del que han hecho uso consuetudinario”³⁷⁰, y más bien para definir el territorio del que los Lafkenche hicieron y hacen uso, debiera remitirse a lo establecido por el Convenio N°169 de la OIT que toma en cuenta diversos aspectos para definir lo que es territorio indígena, considerando tanto las áreas poseídas en forma regular y permanente así como otras áreas que no habitan regularmente pero que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades social, económicas y culturales³⁷¹. Se critica además la incongruencia entre la Ley N°20.249 y su Reglamento, ya que el artículo 4° de la Ley dispone que “la delimitación del espacio costero marino de pueblos originarios estará determinada por la superficie necesaria para asegurar el ejercicio del uso consuetudinario realizado en él, de conformidad con el artículo 6°”.

Además, los autores de “El Estado chileno, los lafkenche y la Ley 20.249: ¿Indigenismo o política del reconocimiento?”, destacan que, en los años 2012 y 2013, “los eventos que pudieron generar ciertas esperanzas de que este proceso de diálogo deviniera en el inicio de un renovado pacto entre chilenos y mapuche, hoy se ha transformado en una sensación de frustración, recordándonos las viejas políticas indigenistas”³⁷². Una explicación de aquello podría ser que, si bien esta ley es un hito importantísimo en la relación Estado-pueblos indígenas, dado el avance en el reconocimiento de derechos a estos pueblos, “deja en evidencia una cuestión fundamental que cruza la política indígena (...) Se revela la existencia de dos lógicas culturales distintas: donde el Estado chileno ‘lee’ territorio como un espacio/suelo destinado al

³⁷⁰ Zelada, Sara & Park, James. (2013). Análisis crítico de la Ley Lafkenche (N°20.249): El complejo contexto ideológico, jurídico, administrativo y social que dificulta su aplicación. *Universum* (Talca), 28(1), pp. 47-72, p. 59

³⁷¹ Ídem.

³⁷² Gissi, Nicolás; Ibacache, Daniela; Pardo, Bernardo & Ñancuqueo, Ma. Cristina. (2018). El Estado chileno, los lafkenche y la Ley 20.249 ¿Indigenismo o política de reconocimiento? *Revista Austral de Ciencias Sociales* 32, pp. 5-21, p. 5

emplazamiento, los mapuche – desde su cosmovisión/cosmología – entienden territorio como un concepto global que incluye la tierra, sus recursos y sus habitantes”³⁷³.

Por su parte, para algunos un gran obstáculo que ha tenido la implementación de esta ley fue la promulgación de la Ley 20.657 que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, ya que deja fuera a los pueblos originarios que milenariamente se han desarrollado junto al mar³⁷⁴. El Ejecutivo por su parte sostiene que la Ley 20.657 no afecta ni pone en riesgo los intereses de las comunidades, ya que éstas están protegidas por la Ley 20.249. Sin embargo, “dicha ley establece que esta norma se encuentra relacionada con la afectación del borde costero y en ningún momento resguarda el acceso equitativo a la administración de los recursos bio-pesqueros”³⁷⁵. Todo esto sin considerar el hecho irrefutable de que esta modificación a la Ley de Pesca les asigna a unos pocos, por tiempo indefinido y mediante licencias gratuitas a 20 años renovables, los peces presentes y futuros, privando al resto de los chilenos, indígenas incluidos, de esta actividad económica, invocando supuestos derechos históricos de los grupos económicos³⁷⁶.

3.3.Ley N°21.045 que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio (2017)

Esta ley fue publicada el 3 de noviembre de 2017 y se encuentra dentro de la legislación indígena chilena ya que, si bien el Ministerio creado se encarga de forma general de “colaborar con el Presidente de la República en el diseño, formulación e implementación de políticas, planes y programas para contribuir al desarrollo cultural y patrimonial armónica y equitativos del país en toda su diversidad”³⁷⁷, hace referencia expresa a los pueblos indígenas, estableciendo que dicha Secretaría de Estado debe reconocer y valorar las culturas de los

³⁷³ Ibidem, pp. 11-12

³⁷⁴ Millabur, Adolfo. Entrevista: Los lafkenche y la ley de Pesca: ¿Por qué marchamos? Disponible en: <http://www.theclinic.cl/2012/12/04/los-lafkenche-y-la-ley-de-pesca-por-quemarchamos/> (consultado en marzo de 2013). En: Gissi, Nicolás; Ibacache, Daniela; Pardo, Bernardo & Ñancuqueo, Ma. Cristina. (2018). El Estado chileno, los lafkenche y la Ley 20.249 ¿Indigenismo o política de reconocimiento? Revista Austral de Ciencias Sociales 32, pp. 5-21, p. 17

³⁷⁵Gissi, Nicolás; Ibacache, Daniela; Pardo, Bernardo & Ñancuqueo, Ma. Cristina. (2018). El Estado chileno, los lafkenche y la Ley 20.249 ¿Indigenismo o política de reconocimiento? Revista Austral de Ciencias Sociales 32, pp. 5-21, p. 17

³⁷⁶ Ídem.

³⁷⁷ Resumen Ley N°21.045 <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1110097&idVersion=2019-09-16&idParte=9845588>

pueblos indígenas, la diversidad geográfica y las realidades e identidades regionales y locales³⁷⁸.

Así las cosas, dentro de las funciones y atribuciones de este Ministerio, establecidas en el artículo 3° de la ley, se señalan las de promover y colaborar en el reconocimiento y salvaguardia del patrimonio cultural indígena, coordinando su accionar con los organismos públicos competentes en materia de pueblos indígenas, como, asimismo, promover el respeto y valoración de las diversas expresiones del folclor del país y de las culturas tradicionales y populares en sus diversas manifestaciones.

A su vez, el artículo 1° de la misma ley, sanciona que ésta se regirá, entre otros, por los siguientes principios:

- Diversidad cultural. Reconocer y promover el respeto a la diversidad cultural, la interculturalidad, la dignidad y el respeto mutuo entre las diversas identidades que cohabitan en el territorio nacional como valores culturales fundamentales.
- Reconocimiento cultural de los pueblos indígenas. Reconocer, respetar y promover las culturas de los pueblos indígenas, sus prácticas ancestrales, sus creencias, su historia y su cosmovisión, teniendo especial consideración con el desarrollo de la cultura, las artes y el patrimonio cultural indígena.

Además, la Ley N°21.045 crea la Subsecretaría de las Culturas y las Artes y la Subsecretaría del Patrimonio Cultural. Esta última tiene como objeto proponer políticas al Ministro y diseñar y evaluar planes y programas en materias relativas al folclor, culturas tradicionales, culturas y patrimonio indígena, patrimonio cultural material e inmaterial, infraestructura patrimonial y participación ciudadana en los procesos de memoria colectiva y definición patrimonial, según lo dispone su artículo 11.

A su vez, a esta Subsecretaría se le encarga el deber de proponer al Ministro políticas, planes y programas coherentes con las políticas ministeriales, en los ámbitos de su competencia y el deber de formular planes y programas destinados al cumplimiento de dichas políticas y, en especial, de ciertas funciones y atribuciones ministeriales establecidas en el artículo 3, dentro de las cuales se encuentra el numeral 4, en el que se señala la función y atribución de promover

³⁷⁸ Ídem.

y colaborar en el reconocimiento y salvaguardia del patrimonio cultural indígena, coordinando su accionar con los organismos públicos competentes en materia de pueblos indígenas, como asimismo, promover el respeto y valoración de las diversas expresiones del folclor del país y de las culturas tradicionales y populares en sus diversas manifestaciones.

Por otro lado, esta ley crea el Consejo Nacional de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, que es presidido por el Ministro de las Culturas y está integrado por el Ministro de Relaciones Exteriores o su representante; el Ministro de Educación o su representante; el Ministro de Economía, Fomento y Turismo o su representante; tres personas representativas de las artes designadas por el Presidente de la República a propuesta de las organizaciones de artistas cultores o gestores con personalidad jurídica vigente, una de las designaciones debe ser con acuerdo del Senado; dos personas representativas de las culturas tradicionales y el patrimonio cultural designadas por el Presidente de la República a propuesta de las organizaciones patrimoniales del país con personalidad jurídica vigente, una de las designaciones debe ser con acuerdo del Senado; dos personas representativas de las culturas populares, culturas comunitarias u organizaciones ciudadanas designadas por el Presidente de la República a propuesta de las organizaciones culturales del país con personalidad jurídica vigente, una de las designaciones debe ser con acuerdo del Senado; dos académicos vinculados a los ámbitos de las artes y el patrimonio, respectivamente, designados por las instituciones de educación superior; una persona representativa de las comunidades de inmigrantes residentes en el país con destacada trayectoria en las artes, culturas y el patrimonio; un galardonado con el Premio Nacional; y, dos personas representativas de los pueblos indígenas, con destacada trayectoria en los ámbitos de las artes, las culturas o del patrimonio, designadas por las asociaciones, comunidades y organizaciones indígenas constituidas según la legislación vigente.

Además, dentro de los Consejos Regionales también se considera la participación de una persona representativa de los pueblos indígenas, con destacada trayectoria en los ámbitos de las artes, las culturas o el patrimonio, designada por las comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas constituidas de conformidad a la legislación vigente.

Para la formulación de políticas, planes y programas referidos a las culturas, las artes y el patrimonio indígena, la ley crea un Consejo Asesor de Pueblos Indígenas, el cual está

integrado por nueve personas pertenecientes a cada uno de los pueblos indígenas reconocidos por la legislación chilena, representativos de sus culturas, artes y patrimonio, designados por el Ministerio a propuesta de las comunidades y asociaciones indígenas constituidas de conformidad a la ley, los cuales durarán cuatro años en sus funciones, pudiendo prorrogarse su nombramiento hasta por un periodo sucesivo, por una sola vez.

3.4.Ley N°21.070 que regula el ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el territorio especial de Isla de Pascua

Esta ley fue publicada el 23 de marzo de 2018 entrando en vigor el 01 de agosto de 2019, con el objetivo de regular la forma en que se ejercen los derechos de residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el Territorio Especial de Isla de Pascua.

Así se establece que el plazo máximo de permanencia de toda persona, chilena o extranjera, que ingrese a Isla de Pascua será de treinta días, pudiendo prorrogarse el período contando con la respectiva autorización de la delegación presidencial provincial.

En el caso de los padres, madres, cónyuges, convivientes civil o convivientes de hecho de una persona perteneciente al pueblo Rapa Nui, estos podrán permanecer en la isla, con sus respectivos familiares directos y quienes estén sujetos a su cuidado personal, pero cuando pierden la calidad que las habilita para permanecer en el territorio, deben hacer abandono de aquel en un plazo de noventa días.

Respecto a los funcionarios públicos, el personal contratado en cualquier calidad por los órganos o empresas del Estado, una vez culminada su función podrán permanecer por un plazo de treinta días. A su vez, las destinaciones o comisiones de servicio en Isla de Pascua por parte de funcionarios públicos se realizarán por un periodo inferior a tres años, pudiendo extenderse por necesidades del servicio.

Podrán también permanecer en el territorio los precandidatos y candidatos inscritos en el registro especial que lleva el Servicio Electoral, para cualquiera clase de cargos de elección popular que involucran al territorio especial, personas que podrán permanecer en éste hasta la publicación de la sentencia de proclamación dictada por el Tribunal Calificador de Elecciones o el Tribunal Electoral Regional, según corresponda; y una vez que pierdan la calidad que las

habilita para permanecer en el territorio especial, deberán hacer abandono de éste en el plazo de treinta días. Además, las personas que desempeñan cargos de elección popular en el territorio especial podrán permanecer en éste desde la dictación de la sentencia de proclamación hasta la cesación en el cargo debiendo hacer abandono de la isla en el plazo de treinta días, y podrán residir en el territorio junto a su cónyuge, conviviente civil o de hecho, sus hijos, ascendientes y quienes estén sujetos a su cuidado personal.

En el caso de los trabajadores que no sean pertenecientes al pueblo Rapa Nui, si estos están contratados podrán permanecer en la Isla de Pascua, así como también quienes desarrollen alguna actividad económica independiente en dicho territorio. Estas personas podrán permanecer en el territorio especial junto a su cónyuge, conviviente civil o de hecho, sus hijos, ascendientes y quienes estén sujetos a su cuidado personal. Y, en caso de que pierdan esta calidad deben hacer abandono de la isla en el plazo de noventa días.

También podrán permanecer en el territorio especial de Isla de Pascua, los investigadores que se encuentran desarrollando un proyecto de investigación que cuente con el apoyo o patrocinio de una institución de educación superior del país o de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, que tenga por objeto de estudio aspectos relacionados con Isla de Pascua.

Esta normativa se promulgó de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 126 bis de la Constitución Política de la República, de acuerdo al cual los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde cualquier lugar de la República, garantizados en el numeral 7° del artículo 19 de la Constitución, se ejercerán en los territorios especiales de Isla de Pascua y del Archipiélago de Juan Fernández en la forma que determinen las leyes especiales que regulen su ejercicio, las que deberán ser de quórum calificado.

Respecto a las personas pertenecientes al pueblo Rapa Nui, éstas no estarán afectas a las limitaciones que se establecen en la Ley. Sin embargo, les es aplicable lo dispuesto en el letra d) del artículo 34 del artículo 6), que dice relación con que se considera una infracción menos grave por parte del empleador si no cumple con la obligación de dar aviso por escrito del término de la relación laboral dentro del plazo de cinco días contado desde que éste se produzca; y letras d) - se considera una infracción grave si el empleador o trabajador celebre un contrato de trabajo en período de latencia o saturación, en contravención con las

disposiciones de la ley-, e) – se considera una infracción grave si el empleador incumple con su obligación de costear el billete de pasaje de regreso del trabajador y su familia según lo dispuesto en las letras d) y g) del artículo 6 de la ley-, y f) – se considera un infracción grave que se elabore y/o proporcione documentación falsa o adulterada, o se celebre un contrato o aleguen una situación de hecho con la finalidad de burlar las disposiciones de la presente ley-, del artículo 35 de la misma ley.

La ley N°21.070 también establece un modelo estadístico que permite establecer la población que puede sostener el territorio especial de Rapa Nui, resguardando que no sufra un impacto negativo, considerando criterios de desarrollo sostenible³⁷⁹, el que se denominada Estado de Carga Demográfica, cuyos instrumentos de gestión de la capacidad de dicha carga se encuentran establecidos en el Título IV de ley.

Los estados de carga demográfica son: Saturación, Latencia y Óptimo. Actualmente Rapa Nui se encuentra en estado de Latencia, estado intermedio de carga demográfica, entre óptimo y saturado, que indica una superación de la normalidad en los indicadores definidos en la ley y que conlleva los siguientes efectos temporales³⁸⁰:

- Prohibición de nuevas contrataciones y del ejercicio de nuevas actividades económicas independientes, para todas aquellas personas que hayan ingresado en calidad de turista o visitante temporal.
- No se podrán prorrogar los contratos a plazo fijo existentes. Al finalizar el contrato, los trabajadores deben abandonar el territorio (salvo las excepciones establecidas en la ley) y el empleador deberá pagar el pasaje de regreso del trabajador y su familia hacia el destino que se convenga, terminada la relación laboral por cualquier causa.
- Los ascendientes e hijos mayores de edad de algunas personas no podrán permanecer por sobre treinta días.
- Los padres e hijos mayores de edad del cónyuge, conviviente civil o de hecho de una persona Rapa Nui que ingresen con posterioridad a la declaración del estado de

³⁷⁹ <https://www.gob.cl/rapanuiprotegida/cargademografica/>

³⁸⁰ Ídem.

latencia, no podrán permanecer por sobre treinta días (salvo que exista una relación de dependencia).

Por su parte, el principal instrumento de gestión definido por la Ley N°21.070, es el Plan de Gestión de la Capacidad de Carga Demográfica de Rapa Nui, el que agrupa todas las acciones e inversiones comprometidas por Ministerios y Servicios Públicos con el objeto de mejorar el estado de carga demográfica en el que se encuentra actualmente Rapa Nui³⁸¹.

El primer Plan de Gestión, se realizó en un trabajo conjunto y colaborativo entre el Estado y el Consejo de Gestión de Carga Demográfica de Rapa Nui, tiene una vigencia de cuatro años y su cumplimiento es obligatorio para todos los servicios del Estado que comprometieron iniciativas en él. Este plan cuenta con 112 iniciativas, las que están asociadas a: mejoras de gestión; realización de nuevos proyectos o acciones; fortalecimiento de las capacidades institucionales (recursos humanos, recursos físicos; mejoramiento de acciones en ejecución (reorientación, incremento); mejorar la focalización de recursos.³⁸² El Decreto Supremo N°42.849 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, publicado el día 8 de enero de 2021, fue el que aprobó el primer plan de gestión de la capacidad de carga demográfica para Isla de Pascua.

La Ley crea además un Consejo de Gestión de Carga Demográfica, cuya función es la de colaborar con los organismos responsables en las materias relacionadas con la residencia y permanencia de personas en Isla de Pascua y su traslado a ella. Este Consejo debe estar integrado por el alcalde de Isla de Pascua, seis miembros electos de la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, uno de los cuales deberá ser el presidente del Consejo de Ancianos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley N°19.253 y tres representantes del pueblo rapa nui. El Presidente del Consejo se designa por mayoría absoluta de sus miembros.

Finalmente para la implementación de esta ley, el día 3 de mayo de 2019, se publicó el Decreto N°1.546 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Subsecretaría del Interior, que aprobó el Reglamento de la Ley N°21.070, el que establece los ámbitos de aplicación de la ley, define distintos términos utilizados en ella, determina las funciones de la Delegación Presidencial Provincial de Isla de Pascua, regula los requisitos de ingreso al territorio especial

³⁸¹ Ídem.

³⁸² Ídem.

de Rapa Nui y establece las reglas de permanencia y residencia en el mismo, entre otras disposiciones.

4. Análisis de la Legislación Indígena chilena a la luz del Convenio 169 de la OIT

Nuestra legislación indígena desde los comienzos de la República hasta ahora ha transitado desde políticas que buscan la completa asimilación de los pueblos originarios al Estado hegemónico hacia normativa que cada vez más se acerca a los principios preceptuados por el Convenio 169 de la OIT, instrumento que precisamente busca dejar atrás aquellas políticas.

Si bien todavía queda mucho por hacer, ya ha habido intentos por incorporar a nuestro ordenamiento e instituciones los derechos consagrados en este Convenio, tal es el caso de toda la legislación desde la publicación de la Ley Indígena en adelante, que, con sus luces y sombras, reflejan el esfuerzo por parte del Estado chileno y de los mismos pueblos indígenas por poner en práctica dichos derechos en la institucionalidad indígena de nuestro país, sin dejar de tener en cuenta que aún queda mucho por hacer. Así lo reconocen los autores de “El Estado chileno, los *lafkenche* y la Ley 20.249 ¿Indigenismo o política de reconocimiento?”, quienes sostienen que “más allá de los temas pendientes y las indicaciones que surgieron a partir de la aplicación de la Ley Indígena, esta norma reconoce la presencia de ‘etnias’ en el territorio nacional. El mundo indígena entendía que con esta ley se protegía su cultura y territorios. Dicha normativa, además, estableció la creación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), pensada como un ente mediador entre el Estado y las etnias originarias. Sin embargo, los estándares internacionales respecto al tema de derechos de pueblos indígenas son mucho más exigentes que los que esta ley señala, siendo el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios -aunque de suma urgencia, según ha reconocido el segundo gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet- un punto crucial y una deuda pendiente”³⁸³, poniendo énfasis en el reconocimiento constitucional pendiente de nuestros pueblos originarios como la pieza que falta para completar el puzzle.

³⁸³ Gissi, Nicolás; Ibacache, Daniela; Pardo, Bernardo & Ñancuqueo, Ma. Cristina. (2018). El Estado chileno, los *lafkenche* y la Ley 20.249 ¿Indigenismo o política de reconocimiento? Revista Austral de Ciencias Sociales 32, pp. 5-21, p. 8

Como vimos el punto de inflexión lo marca la dictación de la Ley 19.253, que reconoce por primera vez las distintas etnias de nuestro país y marca un antes y un después dentro de la institucionalidad indígena, haciendo un cambio de enfoque respecto de todo lo hecho anteriormente. A esto le sigue la ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte del Estado chileno, considerado como el instrumento internacional más importante para los derechos de los pueblos indígenas. Ambos marcan los hitos más importantes en lo que a reconocimiento de pueblos originarios respecta, sin embargo, otro evento importantísimo y que no tiene toda la atención que merece, fue la publicación de la Ley Lafkenche, ya que en su desarrollo logró por primera vez “sentar en la misma mesa al Estado chileno y a las comunidades indígenas -en este caso lafkenche- y generar una salida jurídica a una demanda histórica. Este proceso representa una oportunidad que puede gatillar procesos similares, demostrando en los hechos la superación de políticas indigenistas, no reconocedoras de la diferencia étnica, características del siglo XX”³⁸⁴.

Ciertamente, a pesar de los avances, queda mucho por avanzar aún, expresión de aquello es el conflicto permanente que existe entre el pueblo mapuche y el Estado chileno, respecto a lo cual Román sostiene que dichos niveles de conflictividad y violencia que se han experimentado en los últimos años “ameritan una revisión de la manera en que el Estado se ha estado vinculando con los pueblos indígenas”³⁸⁵. Según él, “no se puede reducir el mal llamado ‘Conflicto Mapuche’, a un tema referido a la propiedad de la tierra ni a la búsqueda de una mayor igualdad de oportunidades y desarrollo económico, ya que para disminuir la violencia y la exclusión social hay que innovar en aspectos simbólicos-políticos, dentro de los cuales destaca el compromiso del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas³⁸⁶, lo que además se condice con los avances en el derecho internacional de los derechos humanos³⁸⁷.

³⁸⁴ Ibidem, p. 18

³⁸⁵ Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 126.

³⁸⁶ Ídem.

³⁸⁷ Aguilar, Gonzalo. (2007). Dinámica Internacional de la Cuestión Indígena, Santiago, Librotecnia; Anaya, James. (2005). Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional, Madrid, Trotta; Stavenhagen, Rodolfo. (2008). Los Pueblos Indígenas y sus Derechos, México D.F., UNESCO, 2008. En: Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 126.

Capítulo IV: Proyectos de Reforma Constitucional en Chile para el reconocimiento de los pueblos indígenas.

Desde el retorno a la democracia, ha habido en nuestro país distintos proyectos de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas, que han emanado tanto del Congreso como del Ejecutivo, sin que ninguno de ellos haya llegado a puerto.

Todos estos proyectos para incluir a los pueblos indígenas en la Constitución Política de la República dan cuenta de que el Estado chileno tiene plena conciencia de la deuda histórica que tiene con sus pueblos originarios, pero lamentablemente las fuerzas políticas no han logrado llegar acuerdo para que dicho reconocimiento finalmente se produzca.

Con respecto a lo anterior, Diego Namuncura cita el Informe del Estado sobre Verdad y Nuevo Trato (2004), para representar el mea culpa oficial del Estado chileno sobre la problemática indígena³⁸⁸:

“La Comisión estima que el esfuerzo por erradicar los rasgos de intolerancia, racismo y discriminación aún presentes en nuestra sociedad, que atentan y menoscaban la identidad e integridad de los pueblos indígenas y de sus miembros, y amagan el pleno goce y ejercicio de los derechos que la comisión recomienda reconocerles, supone llevar a cabo un amplio esfuerzo que debe comprometer el concurso del conjunto de actores e instituciones que conforman la sociedad chilena.

La idea de un Nuevo Trato entre el Estado, la sociedad chilena y los pueblos indígenas, lleva consigo, entonces, la aspiración de que el Estado corrija y/o rectifique el ‘trato’ dado hasta ahora a los pueblos indígenas y a sus integrantes. Este Nuevo Trato, debe llevar a que las relaciones entre los pueblos indígenas, el Estado y la Sociedad chilena, estén inspiradas en el respeto, la equidad, el mutuo reconocimiento, la justicia y la dignidad de todos sus miembros, principios que en el parecer de la Comisión son fundamentales para la convivencia nacional. Un Nuevo Trato supone, entonces, un nuevo tipo de relación entre los pueblos indígenas, la sociedad chilena y el Estado”.

³⁸⁸ Namuncura, Domingo. (2016). Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y derecho indígenas en un nueva Constitución. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, pp. 43-44

Luego, el mismo autor, destaca las recomendaciones que el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Nuevo Trato* da respecto a la Constitución chilena³⁸⁹:

“Perfeccionar la Constitución Política del Estado, introduciendo una regla incorporada en las Bases de la Institucionalidad, y que:

Declare la existencia de los pueblos indígenas, que forman parte de la nación chilena, y reconozca que poseen culturas e identidades propias.

Declare que los pueblos indígenas de Chile son descendientes de las sociedades pre-coloniales que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente el Estado chileno extiende su soberanía, a las que están ligadas por una continuidad histórica.

Establezca el deber del Estado de garantizar la preservación de la diversidad étnico cultural de la nación y, por consiguiente, la preservación y el ejercicio de la cultura y la identidad de los pueblos indígenas, con pleno respeto de la autonomía de sus miembros; y que

En consonancia con dicha declaración, reconozca y garantice el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas, de conformidad a las propuestas que en este sentido se detallan más adelante”.

Namuncura define el documento como “magistral”³⁹⁰, y sostiene que a pesar de que sus recomendaciones e ideas no han sido tomadas en cuenta del todo, aún están absolutamente válidas, sobre todo tomando en consideración que Chile fue uno de los 163 países firmantes de la Declaración Universal de Pueblos Indígenas del mundo, en Naciones Unidas, en septiembre de 2007, y ratificó nuevamente con su firma, en el Foro Mundial de Pueblos Indígenas en junio del 2015, los conceptos que definen una sociedad y un Estado intercultural, y sobre todo que, en octubre del 2008, la presidenta de Chile promulgó oficialmente el Convenio 169 de la OIT.³⁹¹

³⁸⁹ Namuncura, Domingo. (2016). Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y derecho indígenas en una nueva Constitución. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, p. 44

³⁹⁰ Namuncura, Domingo. (2016). Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y derecho indígenas en una nueva Constitución. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, p. 45

³⁹¹ Ibidem, p. 46

Sebastián Donoso y Camila Palacios, sostienen que, a pesar de los fracasos, el debate se mantiene plenamente vigente³⁹² y destacan las palabras que el historiador Jorge Pinto pronunció respecto a este tema el año 2016: “Hoy, a las puertas de comenzar la discusión de un nuevo proyecto constitucional las cosas son diferentes. En primer lugar, hay mayor conciencia de las responsabilidades que tenemos los chilenos en la situación que se generó en la Araucanía. La educación también ha cambiado y hoy la invisibilización de la historia del pueblo mapuche empieza a ser superada. Algunos sectores políticos tienen también mayor conciencia de sus deudas en estas materias, expresada en distintas iniciativas que, aunque no han dado los resultados esperados, muestran avances que son alentadores. Por último, el amplio debate que se ha instalado sobre el reconocimiento de nuestros pueblos originarios, el carácter plurinacional de nuestro Estado y el multiculturalismo que debería garantizar la Constitución mantiene alerta a la opinión pública. Se habrían configurado, por tanto, condiciones para que la nueva Constitución establezca los marcos referenciales para resolver parte del conflicto Estado-pueblo mapuche que afecta a la región”³⁹³.

A continuación, se hará una breve exposición de estos proyectos, singularizando lo que cada uno proponía.

1. Proyecto de Ley de Reforma Constitucional del Presidente Patricio Aylwin de 1991

El primer proyecto de Reforma Constitucional relativa a los pueblos indígenas fue presentado al Congreso Nacional por el Presidente Patricio Aylwin en 1991, dando cumplimiento a los compromisos adoptados en el Acuerdo de Nueva Imperial³⁹⁴.

El fundamento de este proyecto de reforma constitucional fue que dicho reconocimiento sería “la base para proponer una perspectiva diferente sobre el desarrollo, mejoramiento de la calidad de vida y futuro de los pueblos indígenas, además de ser un reflejo de la diversidad de la sociedad chilena”³⁹⁵.

³⁹² Donoso, Sebastián & Palacios, Camila. (2018). Pueblos Indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate. Centro de Políticas Públicas UC, Temas de la agenda pública, año 13, N°103, enero 2018, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 1

³⁹³ Ídem.

³⁹⁴ Ídem, p. 3

³⁹⁵ Ídem.

Así, el Boletín N°513-07 planteaba agregar al artículo 1° de la Constitución lo siguiente: *“El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación Chilena”*.

Cuando se discutió esta reforma en el Congreso, un sector se opuso, argumentando que no era necesaria ya que se podían generar ayudas concretas y directas a los pueblos indígenas con las disposiciones constitucionales ya vigentes³⁹⁶. Además, veían como una amenaza la utilización de la palabra “pueblos”, en contra del carácter unitario del Estado chileno, a pesar de que el Ejecutivo explicó que dicha expresión no estaba considerada en el sentido de titularidad de la soberanía nacional o de su ejercicio, sino que como un concepto que buscaba reconocer la existencia de los pueblos indígenas como un sector integrante de la nación³⁹⁷. Sin embargo, el Ejecutivo accedió al cambio y reemplazó la palabra “pueblo” por “indígena” a secas, quedando el texto propuesto de la siguiente manera: *“El Estado reconoce y ampara a los indígenas que integran la nación chilena y velará por su desarrollo y adecuada protección jurídica”*.

Con dicha redacción, el proyecto de reforma constitucional fue aprobada por la Cámara de Diputados, pero luego de aquello su tramitación se paralizó³⁹⁸.

2. Proyecto de Ley de Reforma Constitucional del Diputado Francisco Huenchumilla de 1999

En el año 1999 y bajo el contexto de la solicitud de desarchivo del proyecto de reforma presentado por Aylwin por parte del gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, el diputado Francisco Huenchumilla junto con los diputados Guillermo Ceroni, Eduardo Díaz, Gustavo Alessandri, Sergio Ojeda, Iván Mesías, Edmundo Villouta, Eugenio Tuma, Jaime Naranjo y Homero Gutierrez, presentaron un indicación proponiendo un nuevo texto para el proyecto en discusión³⁹⁹: *“El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la Nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes mecanismos de participación en los asuntos que les competen, en iguales términos que a todos los demás sectores o grupos que conforman la Nación chilena”*.

³⁹⁶ Ídem.

³⁹⁷ Ibidem, p. 4

³⁹⁸ Ídem.

³⁹⁹ Ibidem, p. 5

Nuevamente hubo grupos que se oponían a este reconocimiento y argumentaban que el problema de fondo no era legal ni constitucional, sino la grave situación de pobreza que afectaba a los pueblos indígenas⁴⁰⁰. Según ellos, establecer un trato especial en favor de los pueblos indígenas implicaba una excepción al principio de igualdad ante la ley y amenazaba el quiebre de la unidad nacional, además de una pérdida de foco respecto de la superación de la pobreza como prioridad⁴⁰¹. A raíz de las posiciones contrapuestas, el proyecto fue enviado de vuelta a comisión a fin de escuchar a distintas organizaciones indígenas⁴⁰², de lo que resultó el siguiente texto: *“El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la Nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes la participación que les corresponde”*. Finalmente, este proyecto fue rechazado en votación particular por falta de quórum en octubre del año 2000.

3. Proyectos de Reforma Constitucional en el gobierno del Presidente Ricardo Lagos (2000-2007)

Durante el gobierno del Presidente Ricardo Lagos, hubo importantes políticas que se llevaron a cabo respecto al reconocimiento de los pueblos indígenas, dentro de las cuales destacan⁴⁰³:

- Constitución de un Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas en el año 2000, el que a través de la “Carta a los pueblos indígenas de Chile” anunció dieciséis medidas, entre las que destacaban el impulsar ante el Congreso Nacional el reconocimiento constitucional de estos pueblos y la creación de una Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato.
- Creación de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato del año 2001. Ésta entregó su informe final en 2003 recomendando perfeccionar la Constitución Política, introduciendo una declaración respecto de la existencia de los pueblos indígenas que forman parte de la nación chilena y un reconocimiento al hecho de que poseen culturas e identidades propias. Además, instaba a que el Estado reconociera y garantizara el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas.

⁴⁰⁰ Ídem.

⁴⁰¹ Ídem.

⁴⁰² Ídem.

⁴⁰³ Ídem.

- En base a las recomendaciones dadas por la antedicha Comisión, el gobierno presentó en 2004 la “Política Indígena de nuevo trato”, la cual contemplaba mejorar el nivel de reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios y proponía solicitar las urgencias legislativas necesarias.

En esa línea, se discutieron en el Congreso los siguientes proyectos que buscaban el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas⁴⁰⁴:

- Reforma constitucional del año 2005, que contemplaba inicialmente el reconocimiento de los pueblos indígenas. El texto primeramente establecía: “*El Estado promoverá el respeto y desarrollo de las culturas de los pueblos indígenas y garantizará a sus integrantes la plena participación social en iguales términos que los demás sectores o grupos que conforman la Nación chilena*”. Luego de indicaciones en contra de la palabra “pueblos”, se reemplazó el texto por el siguiente: “*La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación y declara su especial preocupación por las poblaciones indígenas originarias, a las cuales garantiza su derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad*”.

- Proyecto de reforma constitucional sobre reconocimiento de los pueblos indígenas (Boletín N°4069-07, moción ingresada en 2006, archivada).

- Proyecto de reforma a la Constitución Política de la República que buscaba asegurar la representación popular a los pueblos indígenas (Boletín N°5402-07, moción ingresada en 2007, archivada).

Sin embargo, ninguno de estos proyectos prosperó.

4. Proyecto de Ley de Reforma Constitucional de la Presidenta Michelle Bachelet de 2007.

Luego del encuentro denominado Nueva Imperial II Compromiso por los Pueblos Indígenas, llevado a cabo en enero de 2006, impulsado por la entonces candidata presidencial

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 6

Michelle Bachelet, con representantes de los pueblos Mapuche, Aymara y Rapa Nui⁴⁰⁵, seguido por el Debate Nacional de los Pueblos Indígenas, realizado entre los meses de junio y septiembre de 2006, en el que 120 organizaciones indígenas y 5.000 dirigentes discutieron en torno al reconocimiento constitucional y la ratificación del Convenio 169, entre otros⁴⁰⁶, y quizás como resultado de aquello, se presentaron casi al mismo tiempo dos proyectos de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos originarios. El primero de ellos, se presentó el 6 septiembre de 2007 por un grupo de senadores (Boletín 5522-07), y el segundo fue ingresado por el ejecutivo el 23 de noviembre de 2007 (Boletín 5324-07), ambos muy similares, por lo que finalmente fueron refundidos.

El escenario en que se produjeron estas propuestas fue muy distinto al de los proyectos anteriores, ya que en septiembre de 2007 Chile dio su voto favorable para que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas⁴⁰⁷. Además, nuestro país se encontraba ad portas de que se aprobara en el Congreso el proyecto para la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

Este proyecto de reforma constitucional proponía las siguientes modificaciones a la Constitución⁴⁰⁸:

1) Reemplazar el artículo 4° por el siguiente: *“La Nación Chilena es una, indivisible y multicultural. Se reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan el territorio de Chile y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional. Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes”*;

2) Modificar el artículo 5°, estableciendo en él que *“Chile es una república democrática”*;

3) Modificar el artículo 19 N°2, estableciendo en él que *“hombres y mujeres son iguales ante la ley cualquiera sea su origen étnico o racial”*; y,

⁴⁰⁵ Ibidem, pp. 6-7

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 6

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 7

⁴⁰⁸ Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 144.

4) Modificar el artículo 19 N°24, estableciendo en él que *“la ley debe proteger la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme a lo establecido en la Constitución y las leyes”*.

El texto con las antedichas modificaciones fue aprobado por la Comisión de Constitución del Senado por cuatro votos contra uno.

Se buscaba en este proyecto *“delimitar el debate al determinar que ‘la nación chilena es una, indivisible y multicultural’”*⁴⁰⁹, buscando fijar a la diversidad cultural de la sociedad chilena como un principio político de carácter superior, haciéndolo compatible con la noción de estado unitario⁴¹⁰. Según Andrés Román, lo que se quería plantear era la uniformidad e integración de la nación chilena como un todo, pero aceptando que en esta totalidad hay diferencias que deben ser respetadas⁴¹¹.

A diferencia de lo ocurrido en los proyectos anteriores respecto a la utilización del término *“pueblos”*, dicha discordia fue superada gracias a la pronunciación sobre el Convenio 169 que hizo el Tribunal Constitucional, el que resolvió a través de su sentencia Rol N°309 de 4 de agosto de 2000, que dicha expresión *“debía ser considerada en el ámbito de dicho tratado como un conjunto o grupo de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentra dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernen, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte”*⁴¹², y que además los pueblos indígenas no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado⁴¹³.

Superado dicho disenso, surgía ahora como nuevo foco de tensión los derechos específicos a reconocer⁴¹⁴. Así, hubo quienes que en ese momento plantearon que el reconocimiento de la multiculturalidad podría no ser suficiente para satisfacer las demandas de los pueblos indígenas, recomendando dar un paso mayor. Por ejemplo, José Aylwin sostuvo que *“la política de la multiculturalidad ya fue superada por las constituciones más modernas, como la*

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 145

⁴¹⁰ Ídem.

⁴¹¹ Ídem.

⁴¹² Donoso, Sebastián & Palacios, Camila. (2018). Pueblos Indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate. Centro de Políticas Públicas UC, Temas de la agenda pública, año 13, N°103, enero 2018, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 8

⁴¹³ Ídem.

⁴¹⁴ Ídem.

de Ecuador y Bolivia, porque solo supone una foto de los diferentes, ahora se necesita una política de la interculturalidad que reconozca además de las diferencias la interrelación”⁴¹⁵. Por su parte Augusto Varas también alude a que la política de la interculturalidad pretende transformar estos mecanismos y revalorizar las diferencias culturales, repercutiendo en las relaciones de poder⁴¹⁶.

Esta reforma también plateaba que se reconociera *“la existencia de los pueblos indígenas que habitan el territorio de Chile y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional”*⁴¹⁷. Según algunos autores, la referencia al territorio chileno podría ser vista como perjudicial por los representantes de los pueblos indígenas, en el entendido que se podría estar afectando la histórica lucha de reivindicación de territorios indígenas⁴¹⁸. Según Andrés Román *“si se dispone en la Constitución que los indígenas viven en el territorio chileno, sin hacer referencia al derecho colectivo que tienen a sus propios territorios, será difícil mantener el diálogo entre el Estado de Chile y los pueblos indígenas (...) La propiedad de la tierra es el núcleo de los constantes enfrentamientos entre indígenas, las fuerzas policiales y las empresas forestales”*⁴¹⁹. Por su parte, el gobierno manifestó que, dada la especial relación de los pueblos indígenas con la tierra, hacer una mención específica a la protección de las tierras de las personas y comunidades indígenas en el texto tenía un valor en sí mismo, porque se entendía que el Estado les reconocía en forma especial a esos pueblos el derecho de propiedad⁴²⁰.

Por otro lado, esta reforma proponía *“reconocer el derecho de los pueblos indígenas a organizarse por sí mismos, conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas,*

⁴¹⁵ Rojas, Hugo. (2002). El Principio de la Multiculturalidad. Arzobispado de Santiago, 2002, p. 19. En: Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 145

⁴¹⁶ Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/01/14/la-derecha-y-elreconocimiento-constitucional-del-estado-a-los-pueblos-originarios/>. En: Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 147

⁴¹⁷ Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 147.

⁴¹⁸ Ídem.

⁴¹⁹ Ídem.

⁴²⁰ Donoso, Sebastián & Palacios, Camila. (2018). Pueblos Indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate. Centro de Políticas Públicas UC, Temas de la agenda pública, año 13, N°103, enero 2018, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 8

instituciones y tradiciones”⁴²¹. Sin embargo, se desconoce la titularidad indígena respecto a la calidad de “pueblo”, al preferir las expresiones “comunidad, organizaciones e integrantes”⁴²², a diferencia de lo plasmado en el Convenio 169 y por gran parte de las constituciones de América Latina. Al respecto, Andrés Román señala que, tanto en el derecho internacional como en el derecho constitucional latinoamericano, existe una opinión mayoritaria de reconocer la noción de pueblos indígenas, y que es fundamental no confundir la titularidad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pues de la terminología que sea utilizada deriva una serie de derechos⁴²³. Al respecto, el gobierno explicó que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas que hace el Convenio 169 se predica tanto del grupo como de cada individuo, pero que estos derechos se ejercen a través de las comunidades, de las organizaciones y de los individuos⁴²⁴, y que el proyecto no negaba ni rechazaba el concepto de derechos colectivos, sino que los recogía clarificando quiénes eran los titulares que podían ejercerlos⁴²⁵.

Además, esta reforma buscaba establecer que los pueblos indígenas pudieran organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contraviniera la Constitución y las leyes. Para Román dicha aseveración es preocupante ya que, de ser así el derecho consuetudinario indígena, para ser válido tendría que adaptarse al derecho estatal⁴²⁶, o sea, desde un punto de vista jerárquico, todas las leyes estarían por sobre el derecho consuetudinario indígena, lo que implicaría negar el pluralismo jurídico solicitado por nuestros pueblos originarios⁴²⁷. Lo ideal sería no supeditar un derecho a otro, sino que hacerlos convivir de forma simultánea y pacífica, reconociendo diversos derechos constitucionales a los pueblos indígenas para que de esa forma puedan ejercer sus costumbres y exista así en nuestro país el pluralismo jurídico anhelado por estos pueblos, haciendo compatibles ambos ordenamientos.

⁴²¹ Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 148.

⁴²² Ídem.

⁴²³ Ídem.

⁴²⁴ Donoso, Sebastián & Palacios, Camila. (2018). Pueblos Indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate. Centro de Políticas Públicas UC, Temas de la agenda pública, año 13, N°103, enero 2018, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 8

⁴²⁵ Ídem.

⁴²⁶ Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 148.

⁴²⁷ Ídem.

Finalmente, la reforma proponía la protección sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme lo establecido en la Constitución y las leyes. Además de que nuevamente se omite la referencia a pueblos indígenas, lo que se pretendía hacer era entregarle la regulación de las tierras en las que viven las personas y comunidades indígenas al legislador⁴²⁸. En relación al derecho de aprovechamiento de aguas, esta modificación no significaba ningún adelanto a la situación legal actual, ya que además se estaría restringiendo el derecho que ha sido dispuesto en el artículo 64 de la Ley Indígena, que dispone que las comunidades indígenas que habitan en el norte del país tienen derecho a la propiedad y uso de las aguas que se encuentran en los terrenos de la comunidad⁴²⁹.

Pese a las discrepancias respecto a la suficiencia del reconocimiento, particularmente en relación con el catálogo de derecho que contemplaba, y sobre la participación indígena en la discusión⁴³⁰, en abril de 2009 el proyecto fue aprobado en general por la Sala del Senado.

Luego de aquello, el año 2010 vino el cambio de mandato, asumiendo como presidente, Sebastián Piñera, quien había comprometido el apoyo a la reforma en su programa de gobierno⁴³¹. Así, durante los dos primeros años de gobierno se desarrolló la Mesa de Diálogo para un Reencuentro Histórico, en el cerro Ñielol de Temuco, en donde se abordó la cuestión del reconocimiento constitucional⁴³², y en marzo de 2011 se dio inicio a la Consulta sobre Institucionalidad Indígena, el que, entre otros temas, contemplaba consultar una propuesta de texto de reforma constitucional que reconociera a los pueblos indígenas⁴³³. Sin embargo, por decisión del ejecutivo finalmente dicho proceso quedó acotado solo a la consulta sobre la reglamentación del derecho de consulta indígena⁴³⁴.

A su vez, al proyecto de reforma constitucional ya aprobado por la Sala del Senado en 2009, se le quitó la urgencia en enero de 2012, quedando desde entonces paralizado.

⁴²⁸ Ibidem, p. 150.

⁴²⁹ Ibidem, p. 151.

⁴³⁰ Donoso, Sebastián & Palacios, Camila. (2018). Pueblos Indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate. Centro de Políticas Públicas UC, Temas de la agenda pública, año 13, N°103, enero 2018, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 8-9

⁴³¹ Ibidem, p. 9

⁴³² Ídem.

⁴³³ Ídem.

⁴³⁴ Ídem.

5. Proceso constituyente iniciado en el segundo gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet

El programa de gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, para el periodo 2014-2018, señalaba el compromiso de generar una nueva Constitución Política de la República, y que dicho proceso debía ser democrático, institucional y participativo. El referido programa expresa que: *“La ciudadanía debe participar activamente en la discusión y aprobación de la nueva Constitución. Para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición”*⁴³⁵.

El proceso constituyente propuesto por la Presidenta Bachelet comenzó en octubre de 2015 y el 12 de abril del año 2016 se dio por iniciada la etapa de diálogos ciudadanos que sentarían las bases para un nuevo texto constitucional⁴³⁶, los que se desarrollaron entre el 23 de abril hasta el 6 de agosto de 2016, en los siguientes niveles: participación individual y encuentros locales, para continuar con Cabildo Provincial y Regional y luego sintetizar los resultados que serían la base ciudadana para la nueva Constitución⁴³⁷. Además, se anunció un proceso diferenciado para los pueblos indígenas⁴³⁸.

El itinerario del proceso constituyente constaba de las siguientes etapas⁴³⁹: educación cívica y constitucional, diálogos ciudadanos, cabildo provincial, cabildo regional, bases ciudadanas para la nueva Constitución, Reforma Constitucional, envío de propuesta de nueva constitución, discusión y aprobación, y plebiscito.

Por otro lado, mediante Decreto N°36 de fecha 2 de diciembre del año 2015, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, se creó el Consejo Ciudadano de Observadores del proceso constituyente, el cual tenía por finalidad velar por el correcto desempeño de las etapas de educación cívica-constitucional y de diálogos ciudadanos del proceso constituyente⁴⁴⁰.

⁴³⁵ Loncon, Lautaro. (2016). Proceso constituyente, tratados mapuche. Elementos para la discusión. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, p. 187

⁴³⁶ Ibidem, p. 183

⁴³⁷ Ídem.

⁴³⁸ Ídem.

⁴³⁹ Para revisar el detalle de cada una véase: Loncon, Lautaro. (2016). Proceso constituyente, tratados mapuche. Elementos para la discusión. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, pp. 187 – 191.

⁴⁴⁰ Loncon, Lautaro. (2016). Proceso constituyente, tratados mapuche. Elementos para la discusión. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, p. 191.

Dicho Consejo estaba integrado por⁴⁴¹: Patricio Zapata Larraín, quien lo presidía; Benito Baranda Ferrán; Jean Beausejour Coliqueo; Roberto Fantuzzi Hernández; Arturo Fermandois Vöhringer; Patricio Fernández Chadwick; Francisco Fernández Fredes; Gastón Gómez Bernales; Hernán Larraín Matte; Héctor Mery; Salvador Millaleo Hernández; Ruth Olate Moreno; Juanita Parra Correa; Lucas Sierra Iribarren; y, Francisco Soto Barrientos.

Las tareas del Consejo de Observadores eran las siguientes⁴⁴²:

a. Conocer e informar sobre los materiales que comprendía la campaña de educación cívica-constitucional que acompaña al proceso participativo;

b. Conocer e informar sobre la metodología, desarrollo y demás instancias de la etapa participativa y de diálogos ciudadanos;

c. Conocer del proceso de síntesis de los diálogos ciudadanos para velar la recepción de los acuerdos y desacuerdos expresados en los distintos niveles de participación y discusión territorial; y,

d. Conocer e informar de la redacción de las Bases Ciudadanas para la nueva Constitución, velando porque estas recogieran los resultados del proceso de participación y diálogos ciudadanos, para luego presentarlas ante la presidenta de la República.

Junto a lo anterior, el Consejo de Observadores debía entregar un informe a la Presidenta de la República en el cual se diera cuenta del desarrollo de su labor⁴⁴³.

A aquello se sumó que, en el marco de los diálogos ciudadanos, el gobierno de Michelle Bachelet definió la contratación de la asesoría técnica de Facilitadores de los Cabildos Ciudadanos a nivel provincial y nacional⁴⁴⁴, quienes eran los encargados de impulsar la fase inicial del proceso constituyente, asegurando la legitimidad del proceso a través de la promoción de la participación ciudadana en diferentes instancias locales⁴⁴⁵. Dicha asesoría

⁴⁴¹ Ídem.

⁴⁴² Ibidem, p. 192.

⁴⁴³ Ídem.

⁴⁴⁴ Ídem.

⁴⁴⁵ Ibidem, pp. 192-193

contó con la contratación de 162 personas para todo el país, a objeto de desarrollar la labor de facilitadores y de 27 personas a nivel central para apoyar el proceso⁴⁴⁶.

En complemento de la etapa participativa general se llevó a cabo una etapa participativa indígena y un proceso de Consulta Indígena acorde al Convenio 169 de la OIT. Esta Etapa Participativa Indígena se realizó en todo el territorio chileno y tuvo tres modalidades de participación: encuentros convocados, encuentros autoconvocados y participación individual, en los cuales participaron un total de 17.016 personas, entre mayo y diciembre de 2016⁴⁴⁷.

Este proceso constituyente diferenciado para pueblos indígenas recogió las propuestas formuladas por los nueve pueblos indígenas, a través de una convocatoria de diálogo amplia y abierta a todas las instituciones representativas de los pueblos indígenas. A su vez, el proceso de consulta constituyente indígena contó con la participación del Instituto Nacional de Derechos Humanos como observador del proceso, además del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, como garante y observador del mismo.⁴⁴⁸

Si bien, el proceso fue esperanzador para varios, no estuvo exento de críticas, una de ellas fue precisamente la poca participación de los pueblos indígenas en el proceso. Es así como Loncon sostiene que, respecto al diseño metodológico del proceso, se esperaba que “la lógica central con que se implemente el proceso esté fundada en un Estado unitario, monolingüe, monocultural y mononacional. Se echa de menos en el proceso mayor presencia de los pueblos indígenas en su calidad de tales, con sus propias instituciones e instancias de participación. Otro de los déficits es que en el Consejo de Observadores Ciudadanos no están presente representantes de los pueblos indígenas, las persona que allí figuran con algún apellido indígena – aunque se valore su participación – lo hacen en su condición de personas naturales amparados en su connotación personal, carentes de base social o respaldo colectivo (...) Dos son los aspectos importantes que se deben considerar desde el punto de vista de la participación política indígena en el proceso para un nuevo texto constitucional. Por un lado;

⁴⁴⁶ Ídem.

⁴⁴⁷ Boletín N°11.617-07

⁴⁴⁸ Boletín N°11.617-07

aspectos de procedimiento (mecanismo de participación indígena) y por otro, aspectos de contenido o de fondo (derechos que se deben considerar en una nueva Constitución)”⁴⁴⁹.

A pesar de las críticas, la etapa participativa fue fructífera, al respecto el exmiembro del Consejo Ciudadano de Observadores, el abogado constitucional, Francisco Soto, comentó a La Tercera PM el año 2018, que “El proceso participativo, los comentarios que hizo la ciudadanía, yo los he estudiado y he revisado las más de 30 experiencias participativas en procesos constituyentes y el producto que se generó con Bachelet es sin duda el material más importante en el mundo que dé cuenta de las opiniones de los ciudadanos sobre temas constitucionales. No hay otros materiales más relevantes que ese”⁴⁵⁰.

Sin embargo, finalizada dicha etapa el proceso comenzó a decaer. Según varios de los participantes del proceso, el motivo de aquello se debió a que la sistematización de todos esos encuentros, que contó con la participación de 204.402 personas, fue “lenta y compleja”, dado que llegó seis meses después de termina la etapa de participación⁴⁵¹.

Finalmente, la presidenta Bachelet, en marzo de 2018, cinco días antes de cumplir su segundo mandato, ingresó un Proyecto de Reforma Constitucional para modificar la Constitución Política de la República, proponiendo un texto completamente nuevo para nuestra Carta Magna (Boletín N°11.617-07), demorando un poco más de un año en elaborar un nuevo texto constitucional, desde que se entregaron las bases ciudadanas.⁴⁵²

En los antecedentes de dicho mensaje presidencial, se sostiene que se reconoce a los pueblos indígenas como parte fundamental de nuestro orden constitucional, además dispone que esta “Nueva Constitución” se pone al día con la deuda histórica con los pueblos indígenas reconociendo sus derechos.⁴⁵³

Dicho proyecto contiene las siguientes menciones en relación a los pueblos indígenas:

⁴⁴⁹ Loncon, Lautaro. (2016). Proceso constituyente, tratados mapuche. Elementos para la discusión. Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén, pp. 192-193

⁴⁵⁰ <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/no-prospero-proceso-constitucional-bachelet-cuando-se-echo-la-borda-una-convencion-constituyente/897460/> (consultado el 04 de mayo de 2022)

⁴⁵¹ Ídem.

⁴⁵² Ídem.

⁴⁵³ Boletín N°11.617-07

- *Preámbulo: “Nosotros, los pueblos de Chile, responsables ante nuestra historia y su porvenir, nos otorgamos esta Constitución Política de la República de Chile. Lo hacemos en forma libre y democrática, ejerciendo el poder constituyente originario del que estamos investidos. La finalidad de este acto solemne es vivir en paz, en justicia y en prosperidad dentro de nuestras fronteras, y convivir con todos los países y pueblos del mundo, promoviendo y respetando la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad y los derechos fundamentales de todos los seres humanos.”*

- *Artículo 3, inciso 3º: “Es deber del Estado resguardar la seguridad y la soberanía de la Nación y de su territorio, dar protección a su población, promover la integración armónica y solidaria de sus habitantes y pueblos, así como asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Son deberes especiales del Estado la protección del medio ambiente y el patrimonio histórico y cultural.”*

- *Artículo 4, inciso 1º: “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.”*

- *Artículo 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.”*

- *Artículo 19, numeral 14º, inciso final: “El Estado reconoce las distintas formas de educación de los pueblos indígenas en el marco del sistema general de educación dispuesto en este artículo.”*

- *Artículo 19, numeral 32º: “Los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas y el derecho a su patrimonio cultural, material e inmaterial de conformidad a la ley. Es deber del Estado fomentar tales derechos. La preservación y difusión de los idiomas de los pueblos indígenas será establecida en la ley”.*

- *Artículo 22, inciso 1º: Todo habitante de la República debe respeto a Chile, a sus emblemas nacionales y a los emblemas de sus pueblos indígenas.*

- Artículo 22, inciso 3º: *Los chilenos tienen el deber fundamental de honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena y de sus pueblos indígenas.*

Finalmente, este proyecto no prosperó, ya que el gobierno entrante presidido por Sebastián Piñera descartó la idea de seguir adelante con el proceso constituyente iniciado por Michelle Bachelet, siendo el exministro del Interior, Andrés Chadwick, el que le cerró totalmente la puerta a la iniciativa, afirmando que: “Hay ciertas cosas que queremos que no avancen. No queremos que avance el proyecto de una nueva Constitución que presentó la presidenta Bachelet al terminar su periodo”⁴⁵⁴.

6. Proyecto de Ley de Reforma Constitucional de la Diputada Emilia Nuyado de 2018

Este proyecto que buscaba modificar la Carta Fundamental para consagrar el reconocimiento de los pueblos indígenas, su cultura y tradiciones y garantizar su participación y representación política (Boletín N°11939-07), fue presentado el 19 de julio de 2018 por los diputados René Alinco, Miguel Crispi, Fidel Espinoza, Hugo Gutierrez, Marcos Ilabaca, Manuel Monsalve, Emilia Nuyado, Daniel Nuñez, Alexis Sepúlveda y Víctor Torres.

En la moción se señala que el proyecto tenía como finalidad reconocer a la República de Chile como plurinacional y multicultural, reconocer la existencia de los pueblos indígenas como habitantes originarios del territorio chileno y anteriores a la formación del Estado, reconocer los emblemas y símbolos de los diversos pueblos indígenas que habitan el territorio chileno, reconocer el derecho a la autodeterminación y representación política, reconocer a los miembros de los pueblos indígenas como actores políticos y sujetos de derechos colectivos, modificar el concepto de soberanía nacional para declarar que la soberanía reside en la nación chilena y en las naciones indígenas que habitan el país, reconocer y proteger el patrimonio material e inmaterial, los derechos lingüísticos y culturales indígenas, las manifestaciones religiosas y de la cosmovisión indígenas, fijar constitucionalmente las bases de la participación y representación política especial de los pueblos indígenas en el Congreso Nacional, gobiernos

⁴⁵⁴ <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/de-criticado-a-valorado-el-revival-del-proyecto-constitucional-de-bachelet/W6H67ZRILBBALJV3VJ4S3JRY3Y/> (consultado el 4 de mayo de 2022)

regionales y Municipalidades y concejos municipales, y fijar constitucionalmente el derecho indígena a consulta y la participación en los mismos términos que el Convenio 169 de la OIT.

Así, el proyecto proponía modificaciones a los Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 19, 47, 48, 49, 50, 51, 65, 113 y 199 de la Constitución Política de la República, quedando con el siguiente texto:

“1. Modifíquese el artículo 1°, introduciendo unos nuevos incisos 4° y 5°, pasando el actual inciso 4° a ser 6°

Nuevo inciso 4° ‘El Estado de Chile reconoce la pre-existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio, la plurinacionalidad y multiculturalidad de la República, así como sus derechos individuales y colectivos, tales como, el derecho de los pueblos indígenas a conservar, fortalecer y desarrollar su historia, identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones propias. Es deber del Estado garantizar el ejercicio de este derecho y la preservación de su diversidad cultural. Los pueblos indígenas son los descendientes de las sociedades pre-coloniales, que habitan este territorio desde antes de la formación del Estado chileno, que conservan sus propias manifestaciones culturales y sus instituciones sociales y políticas’.

Nuevo Inciso 5° ‘El Estado reconoce, respeta y garantiza el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, en concordancia y armonía con los instrumentos internacionales de derechos humanos’.

2. Modifíquese el artículo 2°, introduciendo un Párrafo 2° en el siguiente tenor:

‘El Estado reconoce los emblemas y símbolos de los pueblos indígenas’.

3. Modifíquese el artículo 3° de la Constitución, introduciendo un nuevo inciso 3°:

‘Sin perjuicio del inciso anterior, conforme a los instrumentos internacionales vigentes, los pueblos indígenas tienen derecho al territorio, a la tierra, las aguas, el mar y a los recursos naturales que estos albergan en el suelo y sub-suelo. La ley establecerá los criterios necesarios para el establecimiento y demarcación de los territorios indígenas; con la excepción de la Isla de Pascua pues el territorio del Pueblo Rapa Nui ya se encuentra demarcado naturalmente, determinará los órganos y mecanismos a través de los cuales éstos se gestionarán, así como las modalidades y formas a través de las cuales los pueblos indígenas que allí habitan harán pleno ejercicio y goce de los derechos que tendrán vigencia al interior de estos territorios’.

4. Reemplácese el artículo 4° de la CPE por el siguiente:

‘Chile es una comunidad de naciones, compuesta por la nación chilena y las naciones originarias, que se organizan en un Estado plurinacional, democrático y participativo’.

5. Reemplácese, en el inciso primero del artículo 5°, las siguientes expresiones:

Luego de la palabra ‘esencialmente’, la expresión ‘la nación’ por ‘el pueblo’. En el mismo inciso primero del artículo 5 reemplácese, luego de las expresiones ‘se realiza por’, la palabra ‘el pueblo’ por ‘este’.

6. Modifíquese el artículo 19 numerando 10° Derecho a la Educación, agregando el siguiente inciso 6° y 7° pasando a ser el actual inciso 6° el inciso 8°

Nuevo inciso 6°: ‘El Estado reconoce los sistemas de educación de los pueblos indígenas, y a su vez, reconoce y protege los derechos educativos y lingüísticos de los Pueblos Indígenas, así como su patrimonio cultural, material e inmaterial. Es deber del Estado fomentar el desarrollo los conocimientos tradicionales y las prácticas culturales de los Pueblos Indígenas, en la medida que sean compatibles con la autonomía de sus miembros y sus derechos fundamentales’.

Nuevo inciso 7°: ‘El Estado reconoce los idiomas de los Pueblos Indígenas como idiomas oficiales en los territorios donde ellos habitan. El Estado y los pueblos indígenas en conjunto, adoptarán medidas eficaces para el desarrollo, preservación y difusión de dichos idiomas’.

7. Modifíquese el artículo 47, agregando un segundo inciso con el siguiente tenor:

‘Una ley orgánica constitucional fijará, además, uno o más distritos electorales para la elección de diputados indígenas, el número de escaños que se destinarán a ellos, así como la forma de elección. Los distritos indígenas podrán traslaparse territorialmente con los distritos no indígenas’.

8. Modifíquese el artículo 48, agregando un segundo inciso con el siguiente tenor:

‘Para ser elegido diputado indígena se requerirá, además, ser indígena, lo cual será acreditado conforme a la ley’.

9. Modifíquese el artículo 49, agregando un segundo inciso con el siguiente tenor, pasando a ser el actual inciso segundo, tercero:

‘Una ley orgánica constitucional fijará, además, una o más circunscripciones electorales para la elección de senadores indígenas, el número de escaños que se destinarán a ellos, así como la forma de

elección. Las circunscripciones indígenas podrán estar constituidas, por una parte, por una o más regiones y podrán trasladarse territorialmente con las circunscripciones no indígenas´.

10. Modifíquese el artículo 50, agregando un segundo inciso con el siguiente tenor:

´Para ser elegido senador indígena se requerirá, además, ser indígena, lo cual será acreditado conforme a la ley´.

11. Modifíquese el artículo 51, agregando un séptimo inciso con el siguiente tenor, pasando los actuales séptimo y octavo, a ser octavo y noveno respectivamente:

´En el caso de vacancia de un diputado o senador indígena, el reemplazo se producirá con el o la candidata que habría ganado la elección de no haber competido el diputado o diputada cuyo cargo ha quedado vacante´.

12. Modifíquese el artículo 113, agregándose un nuevo inciso tercero del siguiente tenor, pasando el actual tercero a ser cuarto y así sucesivamente:

´El consejo regional estará además integrado por consejeros regionales indígenas. La ley orgánica constitucional fijará, las regiones en que ello ocurrirá, el número de éstos, así como la forma y los requisitos de la elección´.

13. Modifíquese el artículo 119, agregándose un nuevo inciso segundo del siguiente tenor, pasando el actual segundo a ser tercero y así sucesivamente:

´El concejo estará además integrado por concejales indígenas. Una ley orgánica constitucional fijará, las regiones y comunas en que ello ocurrirá, el número de éstos, así como la forma y los requisitos de la elección´.

14. Modifíquese el artículo 65 de la CPE, agregando el siguiente inciso 2º, pasando a ser el actual inciso segundo a ser tercero y así sucesivamente:

´Los Pueblos Indígenas tienen el derecho a ser consultados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Una ley determinará la forma y los procedimientos que se utilizarán para el desarrollo del derecho a la consulta indígena´."455

⁴⁵⁵ Boletín N°11939-07

Se destaca este proyecto respecto de los anteriores – sin considerar el nuevo texto constitucional que propuso la presidenta Bachelet en su último mandato –, por la cantidad de artículos que propone reformar, dándole rango constitucional a temáticas tales como la diversidad cultural, la libre determinación de los pueblos, derechos de participación política, derechos de tierras, territorios y recursos naturales, lenguas indígenas, educación intercultural bilingüe y derecho consuetudinario indígena.

Llama la atención además el carácter plurinacional que le pretende dar a la República chilena junto al reconocimiento del multiculturalismo, innovando en este sentido también, incluyendo dicho término en las modificaciones pretendidas a los artículos 1° - reconociendo la plurinacionalidad de la República – y 4° - reconociendo a Chile como una comunidad de naciones, siendo las naciones originarias parte de ella -.

Al respecto, cabe hacer presente que reconocer la plurinacional del país es un salto importante dada la significancia de consagrar la multiplicidad de naciones dentro de un estado unitario.

Huelga decir que este proyecto reconoce tanto la plurinacional como el multiculturalismo, sin embargo, son dos conceptos diferentes. Por un lado, Donoso y Palacios, siguiendo a Moncurí Ferre, definen al multiculturalismo como un “tipo de orientación política, es decir, un modelo que trata de dar acomodo a la diversidad cultural reconociéndola de manera explícita y pública”, busca proteger la variedad cultural, basándose esencialmente en afirmar la coexistencia y tolerancia como valores fundantes de la convivencia social⁴⁵⁶.

Entremedio de ambos conceptos se encuentra la interculturalidad, que surge luego de que el multiculturalismo se perciba como una respuesta necesaria pero no suficiente al fenómeno de la diversidad cultural⁴⁵⁷, y se entiende como “la interacción entre dos o más culturas de modo horizontal y sinérgico y, por tanto, como una condición que favorece la convivencia

⁴⁵⁶Donoso, Sebastián & Palacios, Camila. (2018). Pueblos Indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate. Centro de Políticas Públicas UC, Temas de la agenda pública, año 13, N°103, enero 2018, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 12-13

⁴⁵⁷Donoso, Sebastián & Palacios, Camila. (2018). Pueblos Indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate. Centro de Políticas Públicas UC, Temas de la agenda pública, año 13, N°103, enero 2018, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 13

armónica de todos los individuos (...), la que se puede caracterizar como una intención directa de promover el diálogo y el acercamiento entre culturas”⁴⁵⁸.

Un paso más adelante tenemos a la plurinacionalidad, en el marco de lo que se considera un “tercer ciclo del reconocimiento de derechos de pueblos indígenas”⁴⁵⁹. Millaleo describe este concepto como “Estados cuyos diseños institucionales reconocen diversas naciones o pueblos dentro de un mismo orden constitucional”⁴⁶⁰. El mismo autor señala como elementos integradores del concepto, la autonomía territorial, los derechos colectivos y el pluralismo jurídico, el cual es descrito como una modalidad en la que el Estado ya no es la única fuente de reglas, sino que se reconocen esferas para otras jurisdicciones y otros poderes normativos de la sociedad, tales como los sistemas jurídicos indígenas⁴⁶¹.

Tomando en cuenta los elementos de la plurinacionalidad, reconocer al estado como tal, sería un gran paso en materia de reconocimiento de los pueblos indígenas, que estaría más en la línea de los tratados internacionales sobre la materia, sin embargo, habría que considerar las consecuencias prácticas de las disposiciones constitucionales sobre plurinacional que este proyecto propone, sobre todo en lo que en ordenamiento jurídico respecta. Algunas dudas que surgen, por ejemplo, son, cómo se coordinarían los distintos sistemas legales indígenas con el nacional y en quién recaería la superintendencia directiva, correccional y económica de tales⁴⁶². Cuestiones prácticas que muy probablemente le correspondería a la ley resolver.

A pesar de lo novedoso de este proyecto, no alcanzó a ser sometido a discusión legislativa ya que se archivó en el primer trámite constitucional.

⁴⁵⁸ Ídem.

⁴⁵⁹ Ídem.

⁴⁶⁰ Millaleo, Salvador. (2021). Por una vía “chilena” a la plurinacionalidad. Intervenciones de una década (2010-2020), p. 80.
En: Vergara, Álvaro. Libros: Plurinacionalidad, ¿pluriproblema?. <https://www.ciperchile.cl/2021/10/27/plurinacionalidadpluriproblema/#:~:text=M%C3%A1s%20all%C3%A1%20de%20esa%20paradoja,de%20la%20C2%ABdemocracia%20unitaria%C2%BB>. (consultado el 03 de mayo de 2022)

⁴⁶¹ Millaleo, Salvador. (2021). Por una vía “chilena” a la plurinacionalidad. Intervenciones de una década (2010-2020), p. 81.
En: Vergara, Álvaro. Libros: Plurinacionalidad, ¿pluriproblema?. <https://www.ciperchile.cl/2021/10/27/plurinacionalidadpluriproblema/#:~:text=M%C3%A1s%20all%C3%A1%20de%20esa%20paradoja,de%20la%20C2%ABdemocracia%20unitaria%C2%BB>. (consultado el 03 de mayo de 2022)

⁴⁶² Vergara, Álvaro. Libros: Plurinacionalidad, ¿pluriproblema?. <https://www.ciperchile.cl/2021/10/27/plurinacionalidadpluriproblema/#:~:text=M%C3%A1s%20all%C3%A1%20de%20esa%20paradoja,de%20la%20C2%ABdemocracia%20unitaria%C2%BB>. (consultado el 03 de mayo de 2022)

7. Breve análisis sobre los proyectos de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas

Sebastián Donoso y Camila Palacios se preguntan ¿De qué estamos hablando cuando nos referimos al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas? Para luego proponer como respuesta que “por una parte, se puede visualizar la inclusión de los pueblos indígenas en el texto constitucional como una exigencia del reconocimiento, es decir, como el necesario y justo sinceramiento de lo que somos como sociedad. Desde esta perspectiva, visibilizar la existencia de los pueblos indígenas es la fuerza predominante y, por lo mismo, apunta a un reconocimiento cuyo rol es principalmente simbólico. Una segunda aproximación, desde la óptica del reconocimiento de derechos, apuesta por que el foco sea la identificación de los pueblos indígenas como sujetos de derecho. Por cierto, ambos enfoques son perfectamente compatibles y complementarios.”⁴⁶³

A ese respecto, vemos en los distintos proyectos de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas, que las primeras propuestas buscaban un reconocimiento más como un mero simbolismo que como un verdadero reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, para luego dar cabida a proyectos más completos y mucho más enfocados en dichos pueblos como sujetos de derechos, hasta llegar al último proyecto de reconocimiento constitucional redactado por la diputada Nuyado que incluía en su redacción una gama completa de derechos colectivos y la declaración de plurinacionalidad del estado, escapándose un largo trecho de los proyectos anteriores.

Antes del proyecto de la diputada Nuyado, los proyectos fueron fuertemente criticados, tanto por el sector que siempre se opuso a la mención “pueblos”, como por aquel sector que consideraba muy débil el reconocimiento que se proponía. Así, por ejemplo, Matías Meza-Lopehandía criticaba la referencia al reconocimiento del territorio, ya que por lo general los proyectos se referían a las tierras indígenas, omitiendo la noción de territorios indígenas, y al referirse a las tierras indígenas lo que se pretendía hacer era establecer “un estatuto especial

⁴⁶³Donoso, Sebastián & Palacios, Camila. (2018). Pueblos Indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate. Centro de Políticas Públicas UC, Temas de la agenda pública, año 13, N°103, enero 2018, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 2

para determinadas porciones de suelo fundada en la idea liberal clásica de propiedad privada e individual que no responde al ideario indígena”⁴⁶⁴.

Se suma a aquello la crítica por la falta de referencia a los pueblos indígenas como naciones hasta antes del proyecto de la diputada Nuyado. Andrés Román lo explicitó de la siguiente manera, el año 2014: “Existe un puente que comunica el concepto de pueblos con el de nación, a la luz del reconocimiento de un colectivo de personas que comparten una misma historia, religión, idioma y cultura. Ningún proyecto de reconocimiento constitucional presentado en Chile se ha referido a los indígenas en tanto naciones. En más, la Constitución solo reconoce como nación a la chilena”⁴⁶⁵. Y, agrega que, “al hablar de pueblos nos referimos a los habitantes de una determinada nación, es decir, al colectivo de personas. Por otro lado, la idea de nación tiene que ver con recoger elementos que configuran la identidad de un pueblo y lo dotan de un sentido de pertenencia. La práctica de una cultura indígena deja de ser un asunto meramente folclórico cuando es capaz de conferir un sentido identitario y de pertenencia a un colectivo político. Eso es precisamente lo que sucede en los pueblos mapuche, rapa nui, aymara. El sentido de nación es notorio, más aún en los casos de las etnias mapuche con presencia en Argentina o aymaras con presencia en Bolivia”⁴⁶⁶.

El mismo autor criticó en ese momento la falta de Consulta Indígena en los términos del Convenio 169 que hubo en los proyectos de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas, sosteniendo que “ninguna de las iniciativas de reconocer en la Constitución a los pueblos indígenas ha sido consultada bajo parámetros que establece el Convenio 169. Durante la tramitación de los distintos proyectos se ha invitado a personas pertenecientes a diversas etnias y organizaciones indígenas a participar en las sesiones de las comisiones de Constitución, Legislación y Justicia del Senado. Pero ello no configura una consulta válida. Es más, significa una clara vulneración del Convenio 169 de la OIT, por cuanto son decisiones que afectarán la relación de los pueblos indígenas con el Estado”⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ Meza-Lopehandía. (2010). Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Observatorio Ciudadano. En: Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 142.

⁴⁶⁵ Román, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162, p. 155

⁴⁶⁶ Ídem.

⁴⁶⁷ Ibidem, pp. 155 - 156

Efectivamente, ninguno de los proyectos que vimos consideraba consultar a los pueblos indígenas si estaban de acuerdo con el texto que los incluía en la Constitución Política de la República. El más rescatable de ellos podríamos decir que fue el proceso constituyente llevado adelante por la presidenta Bachelet, el que tuvo un proceso participativo diferenciado para pueblos indígenas, considerando la opinión de los participantes para la posterior redacción del texto final propuesto. Sin embargo, aquello no constituyó consulta indígena del Convenio 169 de la OIT propiamente tal, además, como ya vimos, dicho proceso fue muy criticado por parte de la población indígena por considerar que hubo poca participación indígena en su desarrollo.

De todas formas, con cada proyecto hubo importantes avances en materia de reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, adquiriendo cada vez más en cada uno los parámetros establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

Capítulo V: Reconocimiento Constitucional de los pueblos indígenas en la discusión en la Convención Constitucional para la redacción de la nueva Constitución Política de la República en Chile

1. Convención Constitucional

Luego de las movilizaciones sociales iniciadas en octubre de 2019, provocadas por el descontento de gran parte de la población chilena y que derivaron en un grave crisis política y social, los partidos políticos chilenos buscaron una salida institucional al problema firmando el “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”, en donde se comprometió el Plebiscito para aprobar o rechazar la redacción de una nueva Constitución y para definir a través de qué órgano, Convención Mixta Constitucional o Convención Constitucional, se redactaría.

Como sabemos, finalmente la opción Apruebo venció y el órgano escogido fue la Convención Constitucional, o sea se llamaría a elecciones para elegir a los redactores de la nueva Constitución Política. Fue así como a través de la Ley N°21.200 de reforma constitucional se convocó a las elecciones de convencionales del 15 y 16 de mayo de 2021, en la que además se estableció la paridad entre hombres y mujeres en los puestos para convencionales constituyentes y la reserva de escaños para los pueblos originarios. En dichas elecciones se escogieron a los 154 convencionales constituyentes que trabajaron en la redacción de la nueva propuesta constitucional.

Respecto a los escaños reservados para pueblos indígenas, la Ley N°21.298 de reforma constitucional, reservó diecisiete escaños para representantes de dichos pueblos, estableciendo dos puestos para los pueblos Aymara, siete para el pueblo Mapuche y uno para los pueblos Rapa Nui, Quechua, Atacameño, Diaguita, Colla, Chango, Kawashkar y Yagán, respectivamente.

Luego de la elección de los convencionales constituyentes, el 4 de julio de 2021 se llevó a cabo la instalación de la Convención Constitucional, el 13 de octubre del mismo año se publicó en el Diario Oficial el Reglamento General de la Convención Constitucional, para finalmente comenzar el debate constitucional el 18 de octubre de 2021 que derivó en que el pasado 15 de

febrero de 2022 comenzara el proceso de aprobar o rechazar propuestas para el borrador de la nueva Constitución.

Para el debate constitucional, la Convención se dividió en las siguientes diez comisiones temáticas⁴⁶⁸:

- COMISIÓN 1: Sistema político, gobierno, poder legislativo y sistema electoral.
- COMISIÓN 2: Principios Constitucionales, democracia, nacionalidad y ciudadanía.
- COMISIÓN 3: Forma de estado, ordenamiento, autonomía, descentralización, equidad, justicia territorial, gobiernos locales y organización fiscal.
- COMISIÓN 4: Derechos Fundamentales.
- COMISIÓN 5: Medio ambiente, derechos de la naturaleza, bienes naturales comunes y modelo económico.
- COMISIÓN 6: Sistema de justicia, órganos autónomos de control y reforma constitucional.
- COMISIÓN 7: Sistemas de conocimientos, culturas, ciencia, tecnología, artes y patrimonios.
- COMISIÓN 8: Participación Popular.
- COMISIÓN 9: Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional.
- COMISIÓN 10: Enlaces transversales.

Desde el 18 de octubre de 2021, estas comisiones comenzaron a reunirse, debatiendo, deliberando y entregando informes, a la Mesa Directiva y a la Secretaría Técnica, con propuestas de normas para ser discutidas y votadas por todos los constituyentes en el pleno de la Convención.

Cada uno de estos informes se votó primero en general, y en caso de no conseguir el quórum para su aprobación - dos tercios de los convencionales presentes en el pleno -, el informe debía regresar a su comisión respectiva, la que dentro de quince días corridos debía presentar un informe de reemplazo, el que era votado nuevamente en el pleno. Si una

⁴⁶⁸ <https://www.chileconvencion.cl/> (consultado el 17 de mayo de 2022).

propuesta contenida en el informe de reemplazo se rechazaba en general por segunda vez en el pleno, debía ser desechada definitivamente.

Cuando el informe se aprobaba en general, pasaba a votación en particular, en donde los artículos se votaban separados por incisos o numerales. Para la aprobación de artículos en particular era necesario alcanzar el quórum de dos tercios del total de los convencionales, y si alcanzaba solo la mayoría simple el artículo era devuelto a su comisión temática para su reformulación. En caso de obtener menos cantidad de votos para alcanzar la mayoría simple, el artículo se desechaba y no volvía a la discusión.

Durante la votación en particular, los convencionales podían solicitar cambios en el texto del artículo que se está votando, denominados indicaciones, las que podían ser supresivas, aditivas o sustitutivas. Estas indicaciones podían proponerse para el artículo completo o bien para algún inciso en específico.

Una vez que los artículos lograban en la votación particular el quórum para su aprobación, eran incorporadas al borrador del proyecto de nueva Constitución.

El pasado 14 de mayo de 2022, las comisiones temáticas finalizaron su trabajo, entregando formalmente el borrador de Constitución con todas las normas aprobadas por el pleno, por la directiva de la Convención a las comisiones de Armonización, Normas Transitorias y Preámbulo, encargadas de la última fase del trabajo, en la ceremonia celebrada el pasado 17 de mayo de 2022 en el Parque Cultural Ruinas de Huanchaca, en la región de Antofagasta.

2. Participación de los Pueblos Indígenas en la Convención Constitucional

Como vimos, para la elección de los convencionales constituyentes se reservó diecisiete escaños a los pueblos indígenas reconocidos por ley. Los convencionales indígenas electos por cada pueblo fueron los siguientes⁴⁶⁹:

- a) Pueblo Aymara:

⁴⁶⁹ Ídem.

- **Isabella Mamani.** Abogada de la Universidad Arturo Prat, actualmente estudia un magister en Derecho Procesal en la Universidad Central. Es miembro de la comunidad Parajaya. En la Convención Constitucional fue parte de las comisiones de Derechos Fundamentales y de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional y de la comisión de Armonización.

- **Luís Jiménez.** Abogado de la Universidad de Chile, cuya experiencia profesional se ha centrado en la legislación indígena, la naturaleza y el medioambiente. Es miembro de las comunidades de Guallatire (Arica y Parinacota) y Chiapa (Tarapacá). En la Convención Constitucional fue parte de las comisiones de Sistema de justicia, órganos autónomos de control y reforma constitucional y de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional y de la comisión de Armonización.

b) Pueblo Atacameño:

- **Félix Galleguillos.** Ingeniero Civil Ambiental de la Universidad Católica del Norte. Pertenece a la comunidad atacameña de Taira. En la Convención Constitucional fue parte de las comisiones de Medio Ambiente, derechos de la naturaleza, bienes naturales comunes y modelo económico y de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional y de la comisión de Normas Transitorias.

c) Pueblo Chango:

- **Fernando Tirado.** Participa en agrupaciones de pescadores artesanales y buzos mariscadores de la Región de Coquimbo. En 2012 fue electo concejal de Los Vilos. En la Convención Constitucional fue parte de las comisiones de Derechos Fundamentales y de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional.

d) Pueblo Colla:

- **Isabel Godoy.** Contadora y presidenta de la comunidad Kolla Flora. Vocera y encargada de la gestión política del Consejo Nacional del Pueblo Colla. Fue vicepresidenta adjunta de la primera mesa de la Convención Constitucional, periodo julio 2021 a enero 2022, y parte de las comisiones de Medio Ambiente, derechos de la naturaleza, bienes naturales comunes y modelo económico, de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional y de la comisión de Normas Transitorias.

e) Pueblo Diaguita:

- **Eric Chinga.** Es parte de la Red Nacional Diaguita y participó de la discusión de la reforma constitucional que incorporó los escaños reservados, en el Senado. En la Convención Constitucional fue parte de las comisiones de Forma de Estado, ordenamiento, autonomía, descentralización, equidad, justicia territorial, gobiernos locales y organización fiscal, de Participación Popular, de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional y de la comisión de Armonización.

f) Pueblo Kawashkar:

- **Margarita Vargas.** Ingeniera en Administración Pública, diplomada en Gestión de Competencias de Recursos Humanos. Presidenta de la Comunidad Jetarkte. En la Convención Constitucional fue una de las coordinadoras de la comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional y parte de la comisión de Sistemas de conocimientos, culturas, ciencia, tecnología, artes y patrimonios.

g) Pueblos Mapuche:

- **Adolfo Millabur.** Dirigente del movimiento autonomista mapuche y miembro de la Identidad Territorial Lafkenche. En 1992 fue electo concejal de la comuna de Tirúa y luego alcalde en 1996. En la Convención Constitucional fue parte de la comisión de forma de Estado, ordenamiento, autonomía, descentralización, equidad, justicia territorial, gobiernos locales y organización fiscal, siendo coordinador de la subcomisión N°2, de la comisión de Derechos de Pueblos Indígenas y Plurinacional y de la Comisión de Normas Transitorias.

- **Alexis Caiguan.** Músico y educador tradicional de la cultura Mapuche, hace cinco años trabaja en la Escuela de Entre Lagos, en Puyehue. Pertenece a la comunidad huilliche Pangui Ku. En la Convención Constitucional fue parte de las comisiones de sistemas de conocimientos, culturas, ciencia, tecnología, artes y patrimonios, de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional y de la comisión de Normas Transitorias.

- **Elisa Loncón.** Profesora y académica de la Universidad de Santiago, especialista en mapudungun. Doctora en Humanidades y Lingüística de la Universidad de Leiden, Holanda. Activista por los derechos Educativos y Lingüísticos de los pueblos indígenas y una de las creadoras del Centro Intercultural para la investigación y la transformación educativa de

Rangin Wenu Mapu. Fue presidenta de la primera mesa de la Convención Constitucional, periodo julio 2021 a enero 2022 y parte de las comisiones sobre principios constitucionales, democracia, nacionalidad y ciudadanía, de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional y de la comisión de Preámbulo.

- **Francisca Linconao.** Autoridad espiritual mapuche y defensora de los derechos humanos. En la Convención Constitucional fue parte de las Comisiones de Derechos Fundamentales y de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional.

- **Natividad Llanquileo.** Abogada de la Universidad Bolivariana de Chile, diplomada en Derecho Humanos, Políticas Públicas e Interculturalidad de la Universidad de la Frontera. Forma parte del equipo de abogados del Centro de Investigación y Defensa SUR (SIDSUR) de la Araucanía. Fue vicepresidenta adjunta de la mesa de la Convención Constitucional y parte de las comisiones de sistema de justicia, órganos autónomos de control y reforma constitucional, de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional y de comisión de Armonización.

- **Rosa Catrileo.** Abogada de la Universidad Católica de Temuco, diplomada en Derechos Humanos y Pueblos Indígenas del Observatorio Ciudadano. Su experiencia profesional se ha centrado en la temática de tierras y legislación indígena. Integrante de la Comunidad Histórica Mapuche. En la Convención Constitucional fue una de las coordinadoras de la comisión de sistema político, gobierno, poder legislativo y sistema electoral y parte de la comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional y de la comisión de Armonización.

- **Victorino Antilef.** Profesor de Educación General Básica con un posgrado en educación intercultural de la Pontificia Universidad Católica. Miembro y fundador de la Asociación Mapuche Kalfulkan de los Ríos. En la Convención Constitucional fue parte de las comisiones de Medio Ambiente, derechos de la naturaleza, bienes naturales comunes y modelo económico, de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional y de la comisión de Armonización.

h) Pueblo Rapa Nui:

- **Tiare Aguilera.** Abogada de la Universidad Andrés Bello, especializada en derecho internacional público en la Universidad de Wuhan, China. Actualmente trabaja en varias instituciones de Rapa Nui, principalmente asociadas al cambio climático. Fue vicepresidenta

adjunta de la primera mesa de la Convención Constitucional, periodo julio 2021 a enero 2022 y parte de las comisiones de forma de Estado, ordenamiento, autonomía, descentralización, equidad, justicia territorial, gobiernos locales y organización fiscal, de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional y de la comisión de Armonización.

i) Pueblo Quechua:

- **Wilfredo Bacian.** Gestor cultural y dirigente de la Comunidad Indígena Quechua de Quipisca, en la Región de Tarapacá. En la Convención Constitucional fue uno de los coordinadores de la comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional y parte de las comisiones de forma de Estado, autonomía, descentralización, equidad, justicia territorial, gobiernos locales y organización fiscal y de la comisión de Preámbulo.

j) Pueblo Yagán:

- **Lidia González.** Funcionaria de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Hija de la última hablante nativa de la lengua Yagán. En 2008 fue concejala por Cabo de Hornos. Fue vicepresidenta adjunta de la mesa de la Convención Constitucional y parte de las comisiones de Derecho Fundamentales y de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional.

La participación de los pueblos indígenas, a través de escaños reservados, en el órgano encargado de redactar la nueva Carta Magna, es un importante hito en nuestra historia ya que por primera vez participan en forma efectiva en su eventual reconocimiento constitucional.

Sin embargo, su participación en el proceso no fue por voluntad genuina de quienes detentan el poder político, sino que fue resultado de las protestas sociales iniciadas en octubre de 2019, siendo precisamente una de sus demandas más potentes la reivindicación de los pueblos originarios, invisibilizados desde los inicios de la República.

Al respecto Claudio Fuentes y Maite de Cea, siguiendo a Van Cott, sostienen que “un elemento esencial que explica el reconocimiento legal es la aparición de una crisis política mayor, a lo cual se debería agregar las coyunturas transicionales. De hecho, en diez de los doce casos de reconocimiento constitucional se observa un vínculo con la promulgación de nuevas Constituciones luego de una transición o como producto de una crisis política relevante (...) los procesos de redefinición constitucional produjeron coyunturas críticas que posibilitaron

que representantes de pueblos originarios o sus aliados políticos no indígenas incidieran en el proceso político"⁴⁷⁰. Así las cosas, fue gracias a la crisis política y social que afectó a nuestro país que, en primer lugar, la clase política decidiera llevar adelante un plebiscito para decidir la redacción de una nueva Constitución Política y, segundo, que el órgano encargado de su redacción estuviera compuesto por un porcentaje importante de representantes de los pueblos originarios del país.

3. Artículos sobre Pueblos Indígenas aprobados por el Pleno de la Convención Constitucional.

De las normas del borrador constitucional - previo al trabajo de las Comisiones de Armonización, de Preámbulo y de Normas Transitorias - las siguientes hacían referencia a los pueblos indígenas⁴⁷¹⁴⁷²:

COMISIÓN 1: Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral

ESTADO PLURINACIONAL Y LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS:

1.- Artículo 4.- Chile es un Estado Plurinacional e Intercultural que reconoce la coexistencia de diversas naciones y pueblos en el marco de la unidad del Estado.

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

2.- Artículo 5.- Los pueblos y naciones indígenas preexistentes y sus miembros, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía y al autogobierno, a su propia cultura, a la identidad y cosmovisión, al patrimonio y la lengua, al reconocimiento de sus tierras,

⁴⁷⁰Fuentes, Claudio, & Cea, Maite de. (2017). Reconocimiento débil: derechos de pueblos indígenas en Chile. *Perfiles latinoamericanos*, 25(49), 55-75. <https://doi.org/10.18504/pl2549-003-2017>, p. 4

⁴⁷¹ Consolidado normas aprobadas para la propuesta constitucional por el pleno de la Convención (actualizado el 14 de mayo de 2022)

⁴⁷² El orden de los artículos se expone tal cual se encontraba en el compilado de normas aprobadas por el pleno de la Convención Constitucional y no obedece a la disposición real que tienen los preceptos dentro del texto constitucional definitivo.

territorios, la protección del territorio marítimo, de la naturaleza en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos, a la cooperación e integración, al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades propias o tradicionales y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

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

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

DEL PODER LEGISLATIVO:

- Del Congreso de Diputadas y Diputados:

3.- Artículo 5 ter.- El Congreso de Diputadas y Diputados es un órgano deliberativo, paritario y plurinacional que representa al pueblo. Concorre a la formación de las leyes y ejerce las demás facultades encomendadas por la Constitución.

El Congreso está integrado por un número no inferior a 155 miembros electos en votación directa por distritos electorales. Una ley de acuerdo regional determinará el número de integrantes, los distritos electorales y la forma de su elección, atendiendo el criterio de proporcionalidad.

- De la Cámara de las Regiones:

4.- Artículo 9.- La Cámara de las Regiones es un órgano deliberativo, paritario y plurinacional de representación regional encargado de concurrir a la formación de las leyes de acuerdo regional y de ejercer las demás facultades encomendadas por esta Constitución.

Sus integrantes se denominarán representantes regionales.

- Del procedimiento legislativo:

5.- Artículo 29.- Las leyes pueden iniciarse por mensaje de la Presidenta o Presidente de la República o por moción de no menos del diez por ciento ni más del quince por ciento de las diputadas y diputados o representantes regionales. Adicionalmente, podrán tener su origen en iniciativa popular o iniciativa indígena de ley.

Una o más Asambleas Regionales podrán presentar iniciativas a la Cámara de las Regiones en materias de interés regional. Si ésta las patrocina, serán ingresadas como moción parlamentaria ordinaria en el Congreso.

Todos los proyectos de ley, cualquiera sea la forma de su iniciativa, comenzarán su tramitación en el Congreso de Diputadas y Diputados.

Todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en el Congreso de Diputadas y Diputados como en la Cámara de las Regiones si ésta interviene en conformidad con lo establecido en esta Constitución, pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto.

- De la elección de escaños reservados:

6.- Artículo 59.- Se establecerán escaños reservados para los pueblos y naciones indígenas en los órganos colegiados de representación popular a nivel nacional, regional y local, cuando corresponda y en proporción a la población indígena dentro del territorio electoral respectivo, aplicando criterios de paridad en sus resultados.

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

7.- Artículo 60.- Los escaños reservados en el Congreso de Diputadas y Diputados para los pueblos y naciones indígenas serán elegidos en un distrito único nacional. Su número se definirá en forma proporcional a la población indígena en relación a la población total del país. Se deberán adicionar al número total de integrantes del Congreso.

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

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

8.- Artículo 61.- Podrán votar por los escaños reservados para pueblos y naciones indígenas sólo los ciudadanos y ciudadanas que pertenezcan a dichos pueblos y naciones y que formen parte de un registro especial denominado Registro Electoral Indígena, que administrará el Servicio Electoral.

Dicho registro será construido por el Servicio Electoral sobre la base de los archivos que administren los órganos estatales, los que posean los pueblos y naciones indígenas sobre sus miembros y de las solicitudes de ciudadanos y ciudadanas que se autoidentifiquen como tales, en los términos que indique la ley.

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

- Probidad y Transparencia:

9.- Artículo 9.- El ejercicio de funciones públicas se regirá por los principios de probidad, eficiencia, eficacia, responsabilidad, transparencia, publicidad, rendición de cuentas, buena fe, interculturalidad, enfoque de género, inclusión, no discriminación y sustentabilidad.

Las autoridades electas popularmente, y las demás autoridades y funcionarios que determine la ley, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.

- Fuerzas Armadas:

10.- Artículo 15.- Jefatura suprema de las Fuerzas Armadas y Política de Defensa Nacional. A la o el Presidente de la República le corresponde la conducción de la defensa nacional y es el jefe supremo de las Fuerzas Armadas. Ejercerá el mando a través del ministerio a cargo de la defensa nacional.

La disposición, organización y criterios de distribución de las Fuerzas Armadas se establecerán en la Política de Defensa Nacional y la Política Militar. La ley regulará la vigencia, alcances y mecanismos de elaboración y aprobación de dichas políticas, las que deberán comprender los principios de cooperación internacional, de igualdad de género y de interculturalidad, y el pleno respeto al derecho internacional y los derechos fundamentales.

11.- Artículo 18.- Conducción de la Seguridad Pública y Política Nacional de Seguridad Pública. A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde la conducción de la seguridad pública a través del ministerio correspondiente.

La disposición, organización y criterios de distribución de las policías se establecerá en la Política Nacional de Seguridad Pública. La ley regulará la vigencia, alcances y mecanismos de elaboración y aprobación de dicha política, la que deberá comprender la perspectiva de género y de interculturalidad, y el pleno respeto al derecho internacional y los derechos fundamentales.

- Relaciones Internacionales:

12.- Artículo 20.- Las relaciones internacionales de Chile, como expresión de su soberanía, se fundan en el respeto al derecho internacional, los principios de autodeterminación de los pueblos, no intervención en asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, multilateralismo, solidaridad, cooperación, autonomía política e igualdad jurídica entre los Estados. De igual forma, se compromete con la promoción y respeto de la democracia, el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, la inclusión e igualdad de género, la justicia social, el respeto a la naturaleza, la paz, convivencia y solución pacífica de los conflictos, y con el reconocimiento, respeto y promoción de los derechos de los pueblos y naciones indígenas y tribales conforme al derecho internacional de los Derechos Humanos.

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

COMISIÓN 2: Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía

- Principios Constitucionales:

13.- Artículo 1.- Estado. Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural y ecológico.

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

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

14.- Artículo 3.- Soberanía. La soberanía reside en el Pueblo de Chile, conformado por diversas naciones.

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

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

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

15.- Artículo 11.- Interculturalidad. El Estado es intercultural. Reconocerá, valorará y promoverá el diálogo horizontal y transversal entre las diversas cosmovisiones de los pueblos y naciones que conviven en el país con dignidad y respeto recíproco. El Estado deberá garantizar los mecanismos institucionales que permitan ese diálogo superando las asimetrías existentes en el acceso, distribución y ejercicio del poder y en todos los ámbitos de la vida en sociedad.

16.- Artículo 12.- Plurilingüismo. Chile es un Estado plurilingüe, su idioma oficial es el castellano y los idiomas de los pueblos indígenas serán oficiales en sus territorios y en zonas de alta densidad poblacional de cada pueblo indígena. El Estado promueve el conocimiento, revitalización, valoración y respeto de las lenguas indígenas de todos los pueblos del Estado Plurinacional.

El Estado reconoce la lengua de señas chilena como lengua natural y oficial de las personas sordas, así como sus derechos lingüísticos en todos los ámbitos de la vida social.

17.- Artículo 17.- Son emblemas nacionales de Chile la bandera, el escudo y el himno nacional.

El Estado reconoce los símbolos y emblemas de los distintos pueblos indígenas.

- Nacionalidad y Ciudadanía:

18.- Artículo 17.- Nacionalidad. Son chilenas y chilenos, aquellas personas que:

1. Hayan nacido en el territorio de Chile, con excepción de las hijas e hijos de personas extranjeras que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, quienes podrán optar por la nacionalidad chilena.

2. Sean hijas o hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero.

3. Obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.

No se exigirá renuncia a la nacionalidad anterior para obtener la carta de nacionalización chilena.

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

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

COMISIÓN 3: Forma de Estado, Ordenamiento, Autonomía, Descentralización, Equidad, Justicia Territorial, Gobiernos Locales y Organización Fiscal

- Estado Regional:

19.- Artículo 1.- Del Estado Regional. Chile es un Estado Regional, plurinacional e intercultural conformado por entidades territoriales autónomas, en un marco de equidad y solidaridad entre todas ellas, preservando la unidad e integridad del Estado.

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

20.- Artículo 2.- De las Entidades Territoriales. El Estado se organiza territorialmente en regiones autónomas, comunas autónomas, autonomías territoriales indígenas y territorios especiales.

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

La creación, modificación, delimitación y supresión de las entidades territoriales deberá considerar criterios objetivos en función de antecedentes históricos, geográficos, sociales, culturales, ecosistémicos y económicos, garantizando la participación popular, democrática y vinculante de sus habitantes, de acuerdo con la Constitución y la ley.

21.- Artículo 5.- De la Autonomía de las entidades territoriales. Las regiones autónomas, comunas autónomas y autonomías territoriales indígenas están dotadas de autonomía política, administrativa y financiera para la realización de sus fines e intereses en los términos establecidos por la presente Constitución y la ley.

En ningún caso el ejercicio de la autonomía podrá atentar en contra del carácter único e indivisible del Estado de Chile, ni permitirá la secesión territorial.

22.- Artículo 7.- De la Participación en las entidades territoriales en el Estado Regional. Las entidades territoriales garantizan el derecho de sus habitantes a participar, individual o colectivamente en las decisiones públicas, comprendiendo en ella la formulación, ejecución, evaluación, fiscalización y control democrático de la función pública, con arreglo a la Constitución y las leyes.

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

23.- Artículo 8.- Del Desarrollo Territorial. Es deber de las entidades territoriales, en el ámbito de sus competencias, establecer una política permanente de equidad territorial de desarrollo sostenible y armónico con la naturaleza.

Las entidades territoriales considerarán para su planificación social, política, administrativa, cultural, territorial y económica los criterios de suficiencia presupuestaria, inclusión e interculturalidad, integración socioespacial, perspectiva de género, enfoque socioecosistémico, enfoque en derechos humanos y los demás que establezca esta Constitución.

24.- Artículo 10.- De la Plurinacionalidad e interculturalidad en el Estado Regional. Las entidades territoriales y sus órganos reconocen, garantizan y promueven en todo su actuar el reconocimiento político y jurídico de los pueblos y naciones preexistentes al Estado que habitan sus territorios; su supervivencia, existencia y desarrollo armónico e integral; la distribución equitativa del poder y de los espacios de participación política; el uso, reconocimiento y promoción de las lenguas indígenas que se hablan en ellas, propiciando el entendimiento intercultural, el respeto de formas diversas de ver, organizar y concebir el mundo y de relacionarse con la naturaleza; la protección y el respeto de los derechos de autodeterminación y de autonomía de los territorios indígenas, en coordinación con el resto de las entidades territoriales.

25.- Artículo 11.- De la postulación y cesación a los cargos de las entidades territoriales. La elección de las y los representantes por votación popular de las entidades territoriales se efectuará asegurando la paridad de género, la probidad, la representatividad territorial, la pertenencia territorial, avecindamiento y la representación efectiva de los pueblos y naciones preexistentes al Estado.

La Constitución y la ley establecerán los requisitos para la postulación y las causales de cesación de dichos cargos. La calificación y procedencia de estas causales de cesación se realizará a través de un procedimiento expedito ante la justicia electoral, en conformidad a la ley.

- Comunas Autónomas:

26.- Artículo 8.- Concejo municipal. El concejo municipal es el órgano colegiado de representación popular y vecinal, dotado de funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras, en conformidad a la Constitución y la ley.

El concejo municipal estará integrado por el número de personas que determine la ley, en proporción a la población de la comuna, según los criterios de inclusión, paridad de género y

escaños reservados para pueblos y naciones indígenas considerando su población dentro de la jurisdicción electoral respectiva.

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

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

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

Los Concejales y Concejales dispondrán de las condiciones y recursos necesarios para el desempeño eficiente y probo del cargo.

La ley establecerá un régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Será igualmente necesario el acuerdo del Concejo para la aprobación del plan regulador comunal.

- Autonomías Territoriales Indígenas:

27.- Artículo 19.- De las Autonomías Territoriales Indígenas. Las Autonomías Territoriales Indígenas son entidades territoriales dotadas de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, donde los pueblos y naciones indígenas ejercen derechos de autonomía, en coordinación con las demás entidades territoriales que integran el Estado Regional de conformidad a la Constitución y la ley. Es deber del Estado reconocer, promover y garantizar las Autonomías Territoriales Indígenas, para el cumplimiento de sus propios fines.

28.- Artículo 21.- De la constitución de las Autonomías Territoriales Indígenas. La ley, mediante un proceso de participación y consulta previa, creará un procedimiento oportuno, eficiente y transparente para la constitución de las Autonomías Territoriales Indígenas. Dicho

procedimiento deberá iniciarse a requerimiento de los pueblos y naciones indígenas interesados, a través de sus autoridades representativas.

29.- Artículo 22.- De las competencias de las Autonomías Territoriales Indígenas. La ley deberá establecer las competencias exclusivas de las Autonomías Territoriales Indígenas y las compartidas con las demás entidades territoriales, de conformidad con lo que establece esta Constitución. Las Autonomías Territoriales Indígenas deberán tener las competencias y el financiamiento necesario para el adecuado ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos y naciones indígenas.

- Territorios especiales:

30.- Artículo 26.- Territorios especiales. Son territorios especiales Rapa Nui y el Archipiélago Juan Fernández, los cuales estarán regidos por sus respectivos estatutos.

Sin perjuicio de lo establecido en esta Constitución, la ley podrá crear territorios especiales en virtud de las particularidades geográficas, climáticas, ambientales, económicas, sociales y culturales de una determinada entidad territorial o parte de esta.

En los territorios especiales, la ley podrá establecer regímenes económicos y administrativos diferenciados, así como su duración, teniendo en consideración las características y particularidades propias de estas entidades.

31.- Artículo 30.- Rapa Nui. En el territorio especial de Rapa Nui, el Estado garantiza el derecho a la libre determinación y autonomía del pueblo nación polinésico Rapa Nui, asegurando los medios para financiar y promover su desarrollo, protección y bienestar en virtud del Acuerdo de Voluntades firmado en 1888, por el cual se incorpora a Chile. Se reconoce la titularidad colectiva de los derechos sobre el territorio al pueblo Rapa Nui con excepción de los derechos sobre tierras individuales de sus miembros. El territorio Rapa Nui se regulará por un estatuto de autonomía.

- Función Pública:

32.- Artículo 27.- Del ejercicio de la función pública. En el ejercicio de la función pública se deberá observar una conducta funcionaria intachable y responsable, desempeñando la función

o el cargo correspondiente en forma leal, honesta, objetiva e imparcial, sin incurrir en discriminaciones de ningún tipo, con preeminencia del interés general por sobre el particular.

La función pública se deberá brindar con pertinencia territorial, cultural y lingüística.

33.- Artículo 41.- El Estado reconoce y apoya la agricultura campesina e indígena, la recolección y la pesca artesanal, entre otros, como actividades fundamentales de la producción de alimentos.

COMISIÓN 4: Derechos Fundamentales

- Derechos Fundamentales:

34.- Artículo 6.- Titularidad de los derechos. Las personas naturales son titulares de derechos fundamentales. Los derechos podrán ser ejercidos y exigidos individual o colectivamente.

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

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

35.- Artículo 21. Derecho a las tierras, territorios y recursos. El Estado reconoce y garantiza conforme a la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos.

La propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección. El Estado establecerá instrumentos jurídicos eficaces para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución.

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

Conforme a la constitución y la ley, los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva.

36.- Artículo 10.- Derecho al cuidado. Todas las personas tienen derecho a cuidar, a ser cuidadas y a cuidarse desde el nacimiento hasta la muerte. El Estado se obliga a proveer los medios para garantizar que este cuidado sea digno y realizado en condiciones de igualdad y corresponsabilidad.

El Estado garantizará este derecho a través de un Sistema Integral de Cuidados y otras normativas y políticas públicas que incorporen el enfoque de derechos humanos, de género y la promoción de la autonomía personal. El Sistema tendrá un carácter estatal, paritario, solidario, universal, con pertinencia cultural y perspectiva de género e interseccionalidad. Su financiamiento será progresivo, suficiente y permanente.

El sistema prestará especial atención a lactantes, niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas en situación de discapacidad, personas en situación de dependencia y personas con enfermedades graves o terminales. Asimismo, velará por el resguardo de los derechos de quienes ejercen trabajos de cuidados.

37.- Artículo 14.- Derecho a la salud. Toda persona tiene derecho a la salud y bienestar integral, incluyendo su dimensión física y mental.

El Estado deberá proveer las condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de la salud, considerando en todas sus decisiones el impacto de las determinantes sociales y ambientales sobre la salud de la población.

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

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

El Sistema Nacional de Salud podrá estar integrado por prestadores públicos y privados. La ley determinará los requisitos y procedimientos para que prestadores privados puedan integrarse al Sistema Nacional de Salud.

Es deber del Estado velar por el fortalecimiento y desarrollo de las instituciones públicas de salud.

El Estado generará políticas y programas de salud mental destinados a la atención y prevención con enfoque comunitario y aumentará progresivamente su financiamiento.

Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales, a mantener sus prácticas de salud y a conservar los componentes naturales que las sustentan. El Sistema Nacional de Salud reconoce, protege e integra estas prácticas y conocimientos como también a quienes las imparten, en conformidad a esta Constitución y la ley.

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

El Sistema Nacional de Salud será financiado a través de las rentas generales de la nación. Adicionalmente, la ley podrá establecer el cobro obligatorio de cotizaciones a empleadoras, empleadores, trabajadoras y trabajadores con el solo objeto de aportar solidariamente al financiamiento de este sistema. La ley determinará el órgano público encargado de la administración del conjunto de los fondos de este sistema.

38.- Artículo 16.- Todas las personas tienen derecho a la educación. La educación es un deber primordial e ineludible del Estado.

La educación es un proceso de formación y aprendizaje permanente a lo largo de la vida, indispensable para el ejercicio de los demás derechos y para la actividad científica, tecnológica, económica y cultural del país. Sus fines son la construcción del bien común, la justicia social, el respeto de los derechos humanos y de la naturaleza, la conciencia ecológica, la convivencia democrática entre los pueblos, la prevención de la violencia y discriminación, así como, la adquisición de conocimientos, el pensamiento crítico y el desarrollo integral de las personas, considerando su dimensión cognitiva, física, social y emocional.

La educación se regirá por los principios de cooperación, no discriminación, inclusión, justicia, participación, solidaridad, interculturalidad, enfoque de género, pluralismo y los demás principios consagrados en esta Constitución. Tendrá un carácter no sexista y se desarrollará de forma contextualizada, considerando la pertinencia territorial, cultural y lingüística.

La educación deberá orientarse hacia la calidad, entendida como el cumplimiento de los fines y principios establecidos de la educación.

La ley establecerá la forma en que estos fines y principios deberán materializarse, en condiciones de equidad en las instituciones educativas y los procesos de enseñanza.

39.- Artículo 20 quinquies.- La Constitución reconoce la autonomía de los pueblos originarios para desarrollar sus propios establecimientos e instituciones de conformidad a sus costumbres y cultura, respetando los fines y principios de la educación, y dentro de los marcos del Sistema Nacional de Educación establecidos por la ley.

40.- Artículo 23.- Derecho a la igualdad y no discriminación. La Constitución asegura el derecho a la igualdad. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. Queda prohibida toda forma de esclavitud.

Se asegura el derecho a la protección contra toda forma de discriminación, en especial cuando se funde en uno o más motivos tales como nacionalidad o apatridia, edad, sexo, orientación sexual o afectiva, identidad y expresión de género, diversidad corporal, religión o creencia, etnia, pertenencia a un pueblo y nación indígena o tribal, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, clase social, ruralidad, situación migratoria o de refugio, discapacidad, condición de salud mental o física, estado civil, filiación o cualquier otra condición social.

Se prohíbe y sanciona toda forma de discriminación especialmente aquella basada en alguna de las categorías mencionadas anteriormente u otras que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar la dignidad humana, el goce y ejercicio de los derechos de toda persona.

El Estado deberá respetar, proteger, promover y garantizar los derechos fundamentales, sin discriminación.

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

El Estado deberá adoptar todas las medidas necesarias, incluidos los ajustes razonables, para corregir y superar la desventaja o el sometimiento de una persona o grupo.

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

La Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley.

41.- Artículo 24.- Toda persona y pueblo tiene el derecho a comunicarse en su propia lengua en todo espacio. Todos los habitantes del territorio nacional tienen derecho a usar las lenguas. Ninguna persona o grupo podrá ser discriminado por razones lingüísticas.

42.- Artículo 25.- Derecho a la consulta de los pueblos y naciones indígenas. Los pueblos y naciones indígenas tienen el derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen. El Estado garantiza los medios para la efectiva participación de éstos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe.

COMISIÓN 5: Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico

- Estatuto Constitucional de las Aguas:

43.- Artículo 4.- La Constitución reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en autonomías territoriales indígenas o territorios indígenas. Es deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento, en conformidad a la Constitución y la ley.

44.- Artículo 18.- El Estado garantiza el derecho de campesinas, campesinos y pueblos originarios al libre uso e intercambio de semillas tradicionales.

COMISIÓN 6: Sistema de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional

- Sistemas de Justicia:

45.- Artículo 1.- La función jurisdiccional. La jurisdicción es una función pública que se ejerce en nombre de los pueblos y que consiste en conocer y juzgar, por medio de un debido proceso los conflictos de relevancia jurídica y hacer ejecutar lo resuelto, de conformidad a la

Constitución y las leyes, así como los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte.

Se ejerce exclusivamente por los tribunales de justicia y las autoridades de los pueblos indígenas reconocidos por la Constitución o las leyes dictadas conforme a ella.

Al ejercer la jurisdicción se debe velar por la tutela y promoción de los derechos humanos y de la naturaleza, del sistema democrático y el principio de juridicidad.

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

- Principios generales de los Sistemas de Justicia:

47.- Artículo 15.- Plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad. La función jurisdiccional se define en su estructura, integración y procedimientos conforme a los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad.

Cuando se trate de personas indígenas, los tribunales y sus funcionarios deberán adoptar una perspectiva intercultural en el tratamiento y resolución de las materias de su competencia, tomando debidamente en consideración las costumbres, tradiciones, protocolos y los sistemas normativos de los pueblos indígenas, conforme a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte.

- Tribunales del Sistema Nacional de Justicia:

48.- Artículo 9.- Acceso a la justicia intercultural. Es deber del Estado garantizar que los órganos que intervienen en el proceso respeten y promuevan el derecho a acceder a una justicia con perspectiva intercultural.

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

49.- Artículo 26.- Impugnaciones contra las decisiones de la jurisdicción indígena. La Corte Suprema conocerá y resolverá de las impugnaciones deducidas en contra de las decisiones de la jurisdicción indígena, en sala especializada y asistida por una consejería técnica integrada por expertos en su cultura y derecho propio, en la forma que establezca la ley.

- Consejo de la Justicia:

50.- Artículo 27.- Consejo de la Justicia. El Consejo de la Justicia es un órgano autónomo, técnico, paritario y plurinacional, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es fortalecer la independencia judicial. Está encargado del nombramiento, gobierno, gestión, formación y disciplina en el Sistema Nacional de Justicia.

En el ejercicio de sus atribuciones debe considerar el principio de no discriminación, la inclusión, paridad de género, equidad territorial y plurinacionalidad.

51.- Artículo 29.- Composición del Consejo de la Justicia. El Consejo de la Justicia se compone por diecisiete integrantes, conforme a la siguiente integración:

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

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

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

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

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

- Acciones constitucionales de tutela:

52.- Artículo 72.- Acción de tutela de derechos fundamentales. Toda persona que por causa de un acto u omisión sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esta acción se podrá deducir mientras la vulneración persista. La acción se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal.

Esta acción cautelar será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable.

Al acoger o rechazar la acción, se deberá señalar el procedimiento judicial que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto.

El tribunal competente podrá en cualquier momento del procedimiento, de oficio o a petición de parte, decretar cualquier medida provisional que estime necesaria, y alzarlas o dejarlas sin efecto cuando lo estime conveniente.

No podrá deducirse esta acción contra resoluciones judiciales, salvo respecto de aquellas personas que no hayan intervenido en el proceso respectivo y a quienes afecten sus resultados.

La apelación en contra de la sentencia definitiva será conocida por la Corte de Apelaciones respectiva. El recurso será conocido por la Corte Suprema si respecto a la materia de derecho objeto de la acción existen interpretaciones contradictorias sostenidas en dos o más sentencias

firmes emanadas de los tribunales del Sistema Nacional de Justicia. De estimarse en el examen de admisibilidad que no existe tal contradicción, se ordenará que sea remitido junto con sus antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente para que, si lo estima admisible, lo conozca y resuelva.

Esta acción también procederá cuando por acto o resolución administrativa se prive o desconozca la nacionalidad chilena. La interposición de la acción suspenderá los efectos del acto o resolución recurrida.

Tratándose de los derechos de la naturaleza y derechos ambientales, podrán ejercer esta acción tanto la Defensoría de la Naturaleza como cualquier persona o grupo.

En el caso de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, esta acción podrá ser deducida por las instituciones representativas de los pueblos indígenas, sus miembros, o la Defensoría del Pueblo.

- Reforma y Reemplazo de la Constitución:

53.- Artículo 82.- De la Asamblea Constituyente. La Asamblea Constituyente tendrá como única función la redacción de una propuesta de Nueva Constitución. Estará integrada paritariamente y con equidad territorial, con participación en igualdad de condiciones entre independientes e integrantes de partidos políticos, y con escaños reservados para pueblos originarios.

Una ley regulará su integración, el sistema de elección, su duración, que no será inferior a dieciocho meses, su organización mínima, los mecanismos de participación popular y consulta indígena del proceso y demás aspectos generales que permitan su instalación y funcionamiento regular.

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

COMISIÓN 7: Sistemas de Conocimientos, Culturas, Ciencia, Tecnología, Artes y Patrimonios

- Sistemas de Conocimientos:

54.- Artículo 9.- Derechos culturales. La Constitución asegura a todas las personas y comunidades:

1°. El derecho a participar libremente en la vida cultural y artística y a gozar de sus diversas expresiones, bienes, servicios e institucionalidad.

2°. El derecho a la identidad cultural, a conocer y educarse en las diversas culturas, así como a expresarse en el idioma o lengua propios.

3°. La libertad de crear y difundir las culturas y las artes, así como el derecho a disfrutar de sus beneficios. Se prohíbe toda forma de censura previa.

4°. El derecho al uso de espacios públicos para desarrollar expresiones y manifestaciones culturales y artísticas, sin más limitaciones que las establecidas en esta Constitución y las leyes.

5°. La igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria de las diversas cosmovisiones que componen la interculturalidad del país, promoviendo su interrelación armónica y el respeto de todas las expresiones simbólicas, culturales y patrimoniales, sean estas tangibles o intangibles.

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

55.- Artículo 12.- El Estado promueve, fomenta y garantiza el acceso, desarrollo y difusión de las culturas, las artes y los conocimientos, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y contribuciones, bajo los principios de colaboración e interculturalidad.

El Estado debe generar las instancias para que la sociedad contribuya al desarrollo de la creatividad cultural y artística, en sus más diversas expresiones.

El Estado promueve las condiciones para el libre desarrollo de la identidad cultural de las comunidades y personas, así como de sus procesos culturales.

Esto se realizará con pleno respeto a los derechos, libertades y las autonomías que consagra esta Constitución.

56.- Artículo 13.- Los pueblos y naciones preexistentes tienen derecho a obtener la repatriación de objetos de cultura y de restos humanos pertenecientes a los pueblos. El Estado adoptará mecanismos eficaces en materia de restitución y repatriación de objetos de culto y

restos humanos que fueron confiscados sin consentimiento de los pueblos y garantizará el acceso de los pueblos a su propio patrimonio, incluyendo objetos, restos humanos y sitios culturalmente significativos para su desarrollo.

57.- Artículo 1.- Derecho a participar y beneficiarse de los conocimientos. Toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho a participar libremente de la creación, desarrollo, conservación e innovación de los diversos sistemas de conocimientos y a la transferencia de sus aplicaciones, así como a gozar de sus beneficios.

El Estado reconoce el derecho de los pueblos y naciones indígenas a preservar, revitalizar, desarrollar y transmitir los conocimientos tradicionales y saberes ancestrales y debe, en conjunto con ellos, adoptar medidas eficaces para garantizar su ejercicio.

Asimismo, la Constitución garantiza la libertad de investigación.

58.- Artículo 2.- Deberes del Estado. El Estado reconoce y fomenta el desarrollo de los diversos sistemas de conocimientos en el país, considerando sus diferentes contextos culturales, sociales y territoriales.

Asimismo, fomenta su acceso equitativo y abierto, lo que comprende el intercambio y comunicación de conocimientos a la sociedad de la forma más amplia posible, con pleno respeto a los derechos establecidos en esta Constitución.

El Estado promoverá en todas sus etapas, un sistema educativo integral donde se fomenten interdisciplinariamente el pensamiento crítico y las habilidades basadas en la capacidad creadora del ser humano a través de las diversas áreas del conocimiento.

59.- Artículo nuevo.- De la asimilación forzada. Se prohíbe la asimilación forzada o destrucción de las culturas de los pueblos y naciones indígenas.

60.- Artículo 8.- Rol del Estado en el patrimonio cultural indígena. El Estado, en conjunto con los pueblos y naciones indígenas preexistentes, adoptará medidas positivas para la recuperación, revitalización y fortalecimiento del patrimonio cultural indígena.

61.- Artículo 15.- Patrimonio Lingüístico. El Estado reconoce el carácter patrimonial constituido por las diferentes lenguas indígenas del territorio nacional, las que serán objeto de revitalización y protección, especialmente aquellas que tienen el carácter de vulnerables.

62.- Artículo 15. Patrimonio Lingüístico. El Estado reconoce el carácter patrimonial constituido por las diferentes lenguas indígenas del territorio nacional, las que serán objeto de revitalización y protección, especialmente aquellas que tienen el carácter de vulnerables.

COMISIÓN 8: Participación Popular

- Derechos de los Pueblos Indígenas:

63.- Artículo 4.- Identidad e integridad cultural. Los pueblos y naciones indígenas y sus miembros tienen derecho a la identidad e integridad cultural, y a que se reconozcan y respeten sus cosmovisiones, formas de vida e instituciones propias.

4. Análisis del borrador constitucional a la luz del Convenio N°169 de la OIT

De las 499 normas que contenía el borrador de la propuesta constitucional, 63 hacían referencia a la interculturalidad, plurinacionalidad, pueblos indígenas o a sus derechos. Además, existen otras normas dentro del texto que si bien no hacen referencia expresa a los pueblos originarios, si se refieren a la cultura, a la naturaleza, territorio, recursos naturales, tratados internacionales y derechos colectivos, temas que dicen relación con las problemáticas indígenas y por ende inciden en los pueblos indígenas.

Así las cosas, pasamos de tener una Constitución cuya referencia a los pueblos indígenas es nula a una eventual Constitución que en gran parte de su articulado menciona a los pueblos indígenas o a algún concepto relacionado. El avance no es menor.

Si bien un porcentaje importante de los convencionales constituyentes son indígenas, no debemos olvidar que para que estas normas se encontraran en el borrador constitucional, debieron ser aprobadas por los dos tercios de los convencionales, demostrando que la

reivindicación de sus derechos es un tema prioritario para la gran mayoría de quienes componen la Convención.

La propuesta constitucional establece que Chile es un estado Plurinacional e Intercultural; reconoce la libre determinación de los pueblos; establece escaños reservados para pueblos indígenas en los órganos colegiados de representación popular; determina la creación de Autonomías Territoriales Indígenas; establece que los pueblos indígenas son titulares de derechos fundamentales colectivos; reconoce a los pueblos indígenas su derecho a las tierras, territorios y recursos; establece que la interculturalidad es uno de los principios del Sistema Nacional de Salud; le da rango constitucional a la Consulta Indígena; establece el Pluralismo Jurídico y se le reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas la función jurisdiccional; determina que la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico y la interculturalidad son principios generales de los Sistemas de Justicia; garantiza el acceso a la justicia intercultural; entre otros derechos.

Es evidente que esta propuesta constitucional supera con creces todo proyecto de reforma constitucional en materia indígena anterior, ya que hace mención expresa a los pueblos indígenas y a la interculturalidad a lo largo de todo el texto. De esta forma, podríamos afirmar que, de llegarse a aprobar la nueva Constitución en estos términos, se daría cumplimiento al Convenio 169 casi a cabalidad, dado que se le estaría dando rango constitucional a la mayor parte de los derechos consagrados en dicho instrumento internacional, como a continuación se expone:

4.1. Derecho a la Consulta Previa:

El Convenio 169 establece la consulta previa de forma genérica en su artículo 6, al disponer:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) 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;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse 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.”

Por su parte, el borrador constitucional proponía reconocer constitucionalmente este derecho a través de las siguientes normas:

- Comisión de Derechos Fundamentales:

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

La norma planteada recoge todos los elementos de la consulta que el Convenio 169 estipula, estos son: que la consulta sea previa, debe realizarse cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas, de buena fe, mediante procedimientos adecuados y a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas. Podríamos decir entonces, que la consulta indígena del borrador constitucional cumple con el derecho a consulta previa en los términos del Convenio 169.

- Comisión de forma de Estado, ordenamiento, autonomía, descentralización, equidad, justicia territorial, gobiernos locales y organización fiscal:

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

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

Con estas normas se le da rango constitucional a la consulta previa del Convenio 169, derecho que ya había sido reconocido a nivel reglamentario a través del Decreto 66 que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud de artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio 169, por lo que los artículos recién transcritos solo vienen a reforzar el reconocimiento de la consulta indígena.

4.2.Derecho a la Libre Determinación:

Este derecho se encuentra consagrado en los artículos 7, 8 y 9 del Convenio 169, determinando que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo y a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos reconocidos.

Por su parte el pleno de la Convención Constitucional aprobó las siguientes normas sobre este derecho:

- Comisión de sistema político, gobierno, poder legislativo y sistema electoral:

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

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

2.- *“Los pueblos y naciones indígenas preexistentes y sus miembros, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía y al autogobierno, a su propia cultura, a la identidad y cosmovisión, al patrimonio y la lengua, al reconocimiento de sus tierras, territorios, la protección del territorio marítimo, de la naturaleza en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos, a*

la cooperación e integración, al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades propias o tradicionales y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

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

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

De la primera norma transcrita, se entiende que se consagra la libre determinación, ya que podríamos considerar a la plurinacionalidad como la máxima expresión de este derecho, dadas las implicancias que tiene el reconocimiento de los pueblos indígenas como naciones.

La segunda norma, por su parte, además de la libre determinación propiamente tal, abarca otros derechos consagrados por el Convenio 169, ya que hace referencia a derechos económicos, sociales y culturales, así como también a sus tierras y territorios.

- Comisión de forma de Estado, ordenamiento, autonomía, descentralización, equidad, justicia territorial, gobiernos locales y organización fiscal:

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

A diferencia del Convenio 169, el borrador de la propuesta constitucional sí menciona la libre determinación expresamente, dejando en claro que se le quiere reconocer a los pueblos indígenas el derecho a que decidan ellos mismos sobre los asuntos que afectan su vida.

Otras normas que hacen referencia a la libre determinación, pero sin mencionarla, son las siguientes:

- Comisión de Sistema políticos, gobiernos, poder legislativo y sistema electoral:

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

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

- Comisión de forma de Estado, ordenamiento, autonomía, descentralización, equidad, justicia territorial, gobiernos locales y organización fiscal:

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

6.- *“De las Autonomías Territoriales Indígenas. Las Autonomías Territoriales Indígenas son entidades territoriales dotadas de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, donde los pueblos y naciones indígenas ejercen derechos de autonomía, en coordinación con las demás entidades territoriales que integran el Estado Regional de conformidad a la Constitución y la ley. Es deber del Estado reconocer, promover y garantizar las Autonomías Territoriales Indígenas, para el cumplimiento de sus propios fines”.*

7.- *“De la constitución de las Autonomías Territoriales Indígenas. La ley, mediante un proceso de participación y consulta previa, creará un procedimiento oportuno, eficiente y transparente para la constitución de las Autonomías Territoriales Indígenas. Dicho procedimiento deberá iniciarse a requerimiento de los pueblos y naciones indígenas interesados, a través de sus autoridades representativas”.*

8.- *“De las competencias de las Autonomías Territoriales Indígenas. La ley deberá establecer las competencias exclusivas de las Autonomías Territoriales Indígenas y las compartidas con las demás entidades territoriales, de conformidad con lo que establece esta Constitución. Las Autonomías Territoriales Indígenas deberán tener las competencias y el financiamiento necesario para el adecuado ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos y naciones indígenas”.*

- Comisión de Sistema de justicia, órganos autónomos de control y reforma constitucional:

9.- *“La función jurisdiccional. La jurisdicción es una función pública que se ejerce en nombre de los pueblos y que consiste en conocer y juzgar, por medio de un debido proceso los conflictos de relevancia jurídica y hacer ejecutar lo resuelto, de conformidad a la Constitución y las leyes, así como los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte.*

Se ejerce exclusivamente por los tribunales de justicia y las autoridades de los pueblos indígenas reconocidos por la Constitución o las leyes dictadas conforme a ella.

Al ejercer la jurisdicción se debe velar por la tutela y promoción de los derechos humanos y de la naturaleza, del sistema democrático y el principio de juridicidad”.

10.- *“Pluralismo jurídico. El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia. Estos deberán respetar los derechos fundamentales que establece esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte. La ley determinará los mecanismos de coordinación, cooperación y de resolución de conflictos de competencia entre los sistemas jurídicos indígenas y las entidades estatales”.*

Con estas normas aprobadas por el pleno de la Convención, se sientan las bases para que los pueblos indígenas de nuestro país puedan asumir el control de sus destinos, incidiendo

en las leyes y políticas que les afecten a través de la consulta previa, el autogobierno, el pluralismo jurídico, las autonomías territoriales indígenas, entre otros.

4.3. Derechos colectivos de propiedad y posesión de sus tierras y derechos a los recursos naturales existentes en estas

En el Convenio 169, estos derechos se encuentran consagrados en los artículos 13, 14, 15 y 16, los cuales establecen el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en estas tierras. Además, los artículos 17 y 18 del Convenio, se refieren al respeto de las modalidades de transmisión de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, a impedir que personas extrañas se aprovechen de sus costumbres o de su desconocimiento de las leyes para apropiarse de sus tierras, y al establecimiento de sanciones para dichos casos.

En el compilado de normas propuestas para la nueva Constitución, se hizo referencia a las tierras, territorios y recursos, en las siguientes:

- Comisión de Derechos Fundamentales:

1.- *“Derecho a las tierras, territorios y recursos. El Estado reconoce y garantiza conforme a la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos.*

La propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección. El Estado establecerá instrumentos jurídicos eficaces para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución.

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

Conforme a la constitución y la ley, los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva”.

Esta norma garantiza en forma genérica el derecho de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos, y le encarga a la ley el establecimiento de los instrumentos jurídicos para su efectivo reconocimiento.

- Comisión de Medio Ambiente, Derechos de la naturaleza, bienes naturales comunes y modelo económico:

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

A su vez, esta norma se refiere específicamente al recurso hídrico en complementación al artículo anterior.

Ambas normas no desarrollan en profundidad lo que significa en la práctica el reconocimiento de estos derechos, pero sí configuran una obligación para el Estado en términos muy similares al Convenio 169 de la OIT.

4.4. Derechos económicos, sociales y culturales

Estos derechos se encuentran consagrados entre los artículos 20 a 31 del Convenio 169, dentro de los cuales se encuentran derechos laborales, de seguridad social, salud, educación y acceso a medios de comunicación.

Por su parte, las normas aprobadas por el pleno de la Convención Constitucional que hacen referencia a estos derechos fueron las siguientes:

- Comisión de Principios Constitucionales, democracia, nacionalidad y ciudadanía:

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

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

El Estado reconoce la lengua de señas chilena como lengua natural y oficial de las personas sordas, así como sus derechos lingüísticos en todos los ámbitos de la vida social”.

- **Comisión de Derecho Fundamentales:**

3.- “Derecho a la salud. Toda persona tiene derecho a la salud y bienestar integral, incluyendo su dimensión física y mental.

El Estado deberá proveer las condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de la salud, considerando en todas sus decisiones el impacto de las determinantes sociales y ambientales sobre la salud de la población.

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

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

El Sistema Nacional de Salud podrá estar integrado por prestadores públicos y privados. La ley determinará los requisitos y procedimientos para que prestadores privados puedan integrarse al Sistema Nacional de Salud.

Es deber del Estado velar por el fortalecimiento y desarrollo de las instituciones públicas de salud.

El Estado generará políticas y programas de salud mental destinados a la atención y prevención con enfoque comunitario y aumentará progresivamente su financiamiento.

Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales, a mantener sus prácticas de salud y a conservar los componentes naturales que las sustentan. El Sistema Nacional de Salud reconoce, protege e integra estas prácticas y conocimientos como también a quienes las imparten, en conformidad a esta Constitución y la ley.

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

El Sistema Nacional de Salud será financiado a través de las rentas generales de la nación. Adicionalmente, la ley podrá establecer el cobro obligatorio de cotizaciones a empleadoras, empleadores, trabajadoras y trabajadores con el solo objeto de aportar solidariamente al financiamiento de este sistema. La ley determinará el órgano público encargado de la administración del conjunto de los fondos de este sistema”.

4.- “Todas las personas tienen derecho a la educación. La educación es un deber primordial e ineludible del Estado.

La educación es un proceso de formación y aprendizaje permanente a lo largo de la vida, indispensable para el ejercicio de los demás derechos y para la actividad científica, tecnológica, económica y cultural del país. Sus fines son la construcción del bien común, la justicia social, el respeto de los derechos humanos y de la naturaleza, la conciencia ecológica, la convivencia democrática entre los pueblos, la prevención de la violencia y discriminación, así como, la adquisición de conocimientos, el pensamiento crítico y el desarrollo integral de las personas, considerando su dimensión cognitiva, física, social y emocional.

La educación se regirá por los principios de cooperación, no discriminación, inclusión, justicia, participación, solidaridad, interculturalidad, enfoque de género, pluralismo y los demás principios consagrados en esta Constitución. Tendrá un carácter no sexista y se desarrollará de forma contextualizada, considerando la pertinencia territorial, cultural y lingüística.

La educación deberá orientarse hacia la calidad, entendida como el cumplimiento de los fines y principios establecidos de la educación.

La ley establecerá la forma en que estos fines y principios deberán materializarse, en condiciones de equidad en las instituciones educativas y los procesos de enseñanza”.

- *Comisión de Sistemas de conocimientos, culturas, ciencia, tecnología, artes y patrimonios:*

4.- “Derechos culturales. La Constitución asegura a todas las personas y comunidades:

1°. El derecho a participar libremente en la vida cultural y artística y a gozar de sus diversas expresiones, bienes, servicios e institucionalidad.

2°. El derecho a la identidad cultural, a conocer y educarse en las diversas culturas, así como a expresarse en el idioma o lengua propios.

3°. *La libertad de crear y difundir las culturas y las artes, así como el derecho a disfrutar de sus beneficios. Se prohíbe toda forma de censura previa.*

4°. *El derecho al uso de espacios públicos para desarrollar expresiones y manifestaciones culturales y artísticas, sin más limitaciones que las establecidas en esta Constitución y las leyes.*

5°. *La igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria de las diversas cosmovisiones que componen la interculturalidad del país, promoviendo su interrelación armónica y el respeto de todas las expresiones simbólicas, culturales y patrimoniales, sean estas tangibles o intangibles.*

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

5.- *“El Estado promueve, fomenta y garantiza el acceso, desarrollo y difusión de las culturas, las artes y los conocimientos, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y contribuciones, bajo los principios de colaboración e interculturalidad.*

El Estado debe generar las instancias para que la sociedad contribuya al desarrollo de la creatividad cultural y artística, en sus más diversas expresiones.

El Estado promueve las condiciones para el libre desarrollo de la identidad cultural de las comunidades y personas, así como de sus procesos culturales.

Esto se realizará con pleno respeto a los derechos, libertades y las autonomías que consagra esta Constitución.

Los pueblos y naciones preexistentes tienen derecho a obtener la repatriación de objetos de cultura y de restos humanos pertenecientes a los pueblos.

El Estado adoptará mecanismos eficaces en materia de restitución y repatriación de objetos de culto y restos humanos que fueron confiscados sin consentimiento de los pueblos y garantizará el acceso de los pueblos a su propio patrimonio, incluyendo objetos, restos humanos y sitios culturalmente significativos para su desarrollo”.

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

El Estado reconoce el derecho de los pueblos y naciones indígenas a preservar, revitalizar, desarrollar y transmitir los conocimientos tradicionales y saberes ancestrales y debe, en conjunto con ellos, adoptar medidas eficaces para garantizar su ejercicio.

Asimismo, la Constitución garantiza la libertad de investigación”.

7.- “Deberes del Estado. El Estado reconoce y fomenta el desarrollo de los diversos sistemas de conocimientos en el país, considerando sus diferentes contextos culturales, sociales y territoriales.

Asimismo, fomenta su acceso equitativo y abierto, lo que comprende el intercambio y comunicación de conocimientos a la sociedad de la forma más amplia posible, con pleno respeto a los derechos establecidos en esta Constitución.

El Estado promoverá en todas sus etapas, un sistema educativo integral donde se fomenten interdisciplinariamente el pensamiento crítico y las habilidades basadas en la capacidad creadora del ser humano a través de las diversas áreas del conocimiento”.

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

Vemos que las normas aprobadas en relación a estos derechos dicen relación principalmente con el derecho a la salud, a la educación y derechos culturales, no reconociendo expresamente a los pueblos indígenas derechos laborales, de seguridad social y de acceso a los medios de comunicación, lo que no obsta a que deban ser observados.

Cada uno de los artículos transcritos en cada uno de los derechos recién mencionados, fueron expuestos a modo de ejemplo, ya que dentro del borrador constitucional existe una gran cantidad de normas que los reflejan y garantizan.

Conclusiones

El objetivo de este trabajo fue dar a conocer el tratamiento legislativo que se le ha dado a los pueblos indígenas en Chile y México, a la luz de lo consagrado en el Convenio 169 de la OIT, por ser el instrumento internacional de mayor relevancia en lo que a pueblos indígenas respecta.

Según lo observado, México ratificó dicho tratado en 1990, y cuenta con reconocimiento constitucional desde 1992, posicionándose como uno de los países que más tempranamente reconoció a sus pueblos originarios, lo que se vio reforzado por el reconocimiento constitucional de estos pueblos en la mayor parte de las constituciones estatales, algo que hacía pensar que el futuro para ellos sería auspicioso respecto al desarrollo de sus derechos.

Sin embargo, vemos que tanto la Constitución Federal como las constituciones estatales no reconocen a cabalidad los principales derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT, ya que la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos actualmente solo garantiza la protección de las tierras indígenas y reconoce la pluriculturalidad de la nación sustentada en sus pueblos indígenas, remitiendo a las constituciones y leyes federativas el efectivo reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas, mientras que la mayor parte las constituciones estatales se remiten a lo preceptuado en la Constitución Federal.

A pesar de aquello, el reconocimiento constitucional en esos términos podría bastar para que las leyes se hagan cargo del desarrollo normativo de los derechos de los pueblos indígenas, y en la práctica efectivamente existe una importante cantidad de legislación referente al tema, pero dicha reglamentación no es uniforme y varía en cada estado, habiendo entidades federativas con un gran desarrollo legislativo indígena, mientras que otras ni siquiera han reconocido en sus constituciones a sus pueblos indígenas. Además, en pocas de ellas existe una protección completa que incorpore a la libre determinación, la consulta previa, el derecho de propiedad y posesión sobre sus tierras, territorios y recursos naturales y derechos económicos, sociales y culturales, dentro de su normativa.

Por su parte, en Chile el desarrollo de la normativa indígena ha sido considerablemente más lento, ratificando el Convenio 169 de la OIT recién en el año 2008 y estando pendiente aún el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. A pesar de aquello a nivel legal contamos con una ley indígena desde el año 1993 y de ahí en adelante se han sumado otras leyes destacables, por ejemplo, la Ley Lafkenche. Nuestra institucionalidad indígena nos permite afirmar que actualmente contamos con legislación que reconoce la consulta previa, la libre determinación, y ciertos derechos económicos, sociales y culturales, pero ciertamente aún existen muchos vacíos por cubrir y varios derechos por reconocer. Por otro lado, con el borrador de la propuesta constitucional listo, el futuro de los pueblos indígenas parece ser favorable para ellos si la nueva carta fundamental es aprobada por la población, dada la cantidad de derechos que se reconocen a lo largo del eventual texto constitucional.

El ejemplo mexicano nos sirve para ilustrar que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas es un gran avance para reivindicar sus derechos, pero también es necesario que dicho reconocimiento constitucional se apoye en el desarrollo legislativo y reglamentario de los derechos consagrados para hacer más fácil la puesta en práctica de estos y que las normas constitucionales no queden en letra muerta.

Bibliografía

1. CONTESSE, Jorge (editor). (2012). El Convenio 168 de la OIT y el Derecho Chileno, Mecanismos y Obstáculos para su Implementación. Ediciones Universidad Diego Portales.
2. GAETE, Lucía. (2012). El Convenio N°169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa. Revista Ius et Praxis, Año 18, N°2. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
3. FUENTES, Claudio, & CEA, Maite de. (2017). Reconocimiento débil: derechos de pueblos indígenas en Chile. *Perfiles latinoamericanos*, 25(49), 55-75. <https://doi.org/10.18504/pl2549-003-2017>
4. ROMÁN, Andrés. (2014). Hacia el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, N°11, pp. 125-162.
5. LÓPEZ, Francisco. (2010). Legislación y derechos indígenas en México. Colección Legislación y Desarrollo Rural, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, H. Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México.
6. CASTRO, Milka. (2010). Los Pueblos Indígenas en Latinoamérica: Entre la movilización y el derecho. Revista del CESLA, vol. 1, núm. 13, pp. 197-210. Varsovia, Polonia.
7. AGUAS, Javier, & NAHUEL PAN, Héctor. (2019). Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche. Revista CUHSO, CULTURA-HOMBRE-SOCIEDAD, Vol.29, Núm. 1, pp. 108-130.
8. AYLWIN, José. (2014). Los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina: Avances jurídicos y brechas de implementación. Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Red Derechos Humanos y Educación Superior.

9. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917 al 1º de junio de 2009.
10. GAMBOA, Claudia, & VALDÉS, Sandra. (2018). Los usos y Costumbres de Pueblos Indígenas. Derecho Comparado a Nivel Estatal. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados, LXIII Legislatura.
11. NAMUNCURA, Domingo, PINTO, Jorge, PAIRICAN, Fernando, LONCON, Elisa, CORTÉS, Luís, PROVOSTE, Yasna, CONDORI, Delia, HUCKE, Paloma, LICANQUEO, Elizabeth, CURMINAO, Clorinda, CALFIO, Margarita, HUINAO, Graciela, & LONCON, Lautaro. (2016). Nueva Constitución y Pueblos Indígenas. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Editorial Pehuén.
12. 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, n°217, p. 741-774. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/594#tocto1n4>
13. GISSI, Nicolás, IBACACHE, Daniela, PARDO, Bernardo, & ÑANCUCHEO, Ma. Cristina. (2018). El Estado chileno, los lafkenche y la Ley 20.249 ¿Indigenismo o política de reconocimiento? Revista Austral de Ciencias Sociales 32, pp. 5-21.
14. LEPPE, Juan Pablo. (2015). Consulta Indígena y Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental: Análisis de una relación normativa. Revista de Derecho (Valparaíso), (44), 369-384. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100011>
15. ZELADA, Sara, & PARK, James. (2013). Análisis crítico de la Ley Lafkenche (N°20.249): El complejo contexto ideológico, jurídico, administrativo y social que dificulta su aplicación. Universum (Talca), 28(1), pp. 47-72.
16. DONOSO, Sebastián, & PALACIOS, Camila. (2018). Pueblos Indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate. Centro de Políticas Públicas UC, Temas de la agenda pública, año 13, N°103, enero 2018, Pontificia Universidad Católica de Chile.

