Boletín N° 11.873-07

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Huenchumilla, señora Provoste y señores De Urresti, Latorre y Quintana, que reconoce la plurinacionalidad y los derechos de los pueblos indígenas.

I. Reconocimiento de los Pueblos Indígenas

De acuerdo a los resultados del Censo de 2017 (INE), 2.185.792 personas declaran pertenecer a algún pueblo indígena, correspondiendo al 12,4 % de la población del país. De ellos, 1.745.147 pertenecen al pueblo Mapuche, 156.754 al pueblo Aymara, 88.474 al pueblo Diaguita, 33.369 al pueblo Quechua y 9.399 al pueblo Rapa Nui. Ante estas cifras, es evidente que no se puede describir a Chile sino como un país plurinacional.

Sin embargo, y en una frase que podemos extender a todos los ciudadanos indígenas del país, Pedro Cayuqueo ha señalado que "Chile es un amor no correspondido para los mapuches".[1] Con esto, podemos colegir, se alude a las múltiples violencias, discriminaciones, humillaciones, desencuentros y, en general, a la falta de reconocimiento recíproco que hay entre los indígenas y el resto de la sociedad chilena.

Esa frase parece una paradoja en un contexto donde muchos sectores diagnostican las relaciones del Pueblo Mapuche y el Estado de Chile como un conflicto. Incluso hay algunos que consideran justificado que se aplique la ley antiterrorista a los hechos de aguda violencia política que se han suscitado dentro de las reivindicaciones indígenas en el Sur del país. Todos los sondeos y estudios indican que los Mapuche rechazan la violencia como método (Primer Estudio Longitudinal de Relaciones Interculturales del CEII de 2017; Encuesta de Opinión Pública en La Araucanía 2016, UDP; Encuesta Mapuche 2016, CEP), pero esta violencia se ha transformado en el principal objeto de la política pública indígena. Es claro, que dichas visiones yerran al no apuntar a las causas de esos fenómenos, por no querer remover los obstáculos substantivos más importantes para una convivencia equitativa.

En efecto, parece que las lógicas de conflicto dominan la respuesta del Estado frente a las pretensiones del Pueblo Mapuche, y que estas lógicas también atraen a algunos pequeños grupos de Pueblo Mapuche. Entre tanto, los conflictos con el Estado también se han producido en la situación del Pueblo Rapa Nui y donde quiera que se realizan proyectos de inversión sin las adecuadas consultas con las

[1] http://radio.uchile.cl/2016/12/09/pedro-cayuqueo-chile-es-un-amor-no-correspondido-para-los-mapuches/

comunidades indígenas que se ven afectadas por sus efectos sobre el territorio, recursos naturales, su identidad y forma de vida, incluyendo a los pueblos andinos del norte de Chile.

Como ya lo hemos señalado, “este conflicto puede seguir escalando si no encontramos, como sociedad, los cauces pertinentes para un solución estable y ojalá definitiva” (Huenchumilla, 2017: 42).

Frente a las lógicas de conflicto, existe siempre la alternativa de las soluciones políticas. Una solución política está constituida por la generación de condiciones de reconocimiento recíproco en una relación afectada por una o más patologías sociales, para permitir así construir formas de convivencia legítimas, en este caso, entre los Pueblos Indígenas, la sociedad y el Estado chilenos.

En ese plano, la situación de las relaciones con el Estado y la sociedad chilenas se caracteriza por diversas formas de menosprecio moral. Usando la clasificación de las formas de menosprecio del pensador alemán Axel Honneth (1998), podemos referirnos al maltrato, la desposesión de derechos y la falta de respeto.

El menosprecio o formas negativas del reconocimiento tiene como su primera figura el atentado a la integridad física y psíquica y a la autonomía del otro sujeto. En el caso de los pueblos indígenas en Chile, el sometimiento del pueblo Rapa Nui a trabajos semiforzados, durante el régimen de explotación de la la Isla es un buen ejemplo, así como las diversas formas de violencia institucional que han afectado hasta el día de hoy al pueblo Mapuche, y la extinción de grupos humanos completos como los Selknam. Común a todos es la experiencia de violencias coloniales que han afectado su subjetividad y sus formas de vida. Así también lo es el maltrato psicológico.

La segunda figura del desconocimiento moral es la privación de derechos, donde no se trata al otro con igual dignidad, como un sujeto de derechos. Los indígenas, ciudadanos libres de Chile desde los comienzos de la república (Tratado de Tapihue de 1825, artículo 3), fueron privados contra el mismo sistema jurídico chileno de sus derechos de propiedad sobre sus tierras, de sus derechos a la cultura y lenguas, de la integridad de sus formas de vida. Esta situación no sólo fue al momento de su incorporación al país en el siglo XIX, sino que continúa hasta el día de hoy, vulnerando los derechos que han sido reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos a los pueblos indígenas y que emanan de tratados y declaraciones suscritos por Chile.

O´Higgins consideró a los Mapuches un pueblo libre tanto en su Decreto de 3 de agosto de 1817 como en su célebre carta de 13 de marzo de 1819 a “Nuestros hermanos, los habitantes de la Frontera del Sud”. En 1864, Lastarria afirmó las normas que quieren privar de su propiedad a los indígenas son inconstitucionales, porque en La Araucanía hay propiedad indivisa, aun cuando no había títulos otorgados por el Estado (Toledo, 2001). Sin embargo, la mayor parte de las tierras del sur fueron declaradas fiscales sin mediar procedimientos expropiatorios y las tierras restantes fueron tituladas. De los títulos de merced y de comisario (510 mil hectáreas) que fueron otorgados por el Estado restaban en 1990 sólo 300 mil hectáreas (Toledo, 1999: 31). El Parlamento de Coz Coz de 1907 y el Informe de la Comisión de Verdad y Nuevo Trato de 2003, han documentado en diversos momentos los numerosos abusos que se han cometido contra los derechos y dignidad de los pueblos indígenas.

Una tercera dimensión del menosprecio es la humillación o falta de respeto, que considera que las capacidades del otro no merecen reconocimiento. Benjamín Vicuña Mackenna indicaba en 1868 que el indígena es “un bruto indomable, enemigo de la civilización, porque solo adora los vicios en que vive sumergido, la ociosidad, la embriaguez, la traición y todo ese conjunto de abominaciones que constituyen la vida salvaje.” (Citado por Boccara: 342). Hasta ahora se usan estereotipos y se habla de los indígenas como afectados por defectos ancestrales, por vicios atávicos, como flojera, falta de higiene, borrachera, condición de anticuados, además de la agresividad (Quilaqueo, Merino, Saiz, 2007).

El reconocimiento constitucional es una apuesta por superar la agresión física, la privación de derechos y la humillación hacia los indígenas, pero también es la estrategia central para superar los conflictos. La investigación empírica comparada a nivel internacional ha mostrado con claridad que la acomodación de diversos grupos étnicos a través de sistemas de derechos y mecanismos para compartir poder ha sido el factor clave en el declive de los conflictos étnico-nacionales en el mundo.

Ted Gurr (2000: 52) señaló que los regímenes de acomodación han permitido en el mundo resolver los conflictos, administrándolos mediante acuerdos de acomodo de las diferencias étnico-nacionales, que signifiquen la compartición del poder estatal y el acceso a los recursos, mediante mecanismos de protección a los derechos de minorías. Han sido los cambios en las actitudes o el comportamiento de los gobiernos, a través del reconocimiento de derechos grupales, los que han permitido una mejor convivencia. El término de formas sistemáticas de discriminación, la concesión de la autonomía regional, la inclusión en los acuerdos de reparto de poder, la democratización y los acuerdos de mantenimiento de la paz son los que han generado un menor riesgo de conflicto. Las investigaciones de Gurr, basadas

en datos hasta 1999 han sido confirmadas con datos posteriores – hasta 2009 (Cederman et al., 2017).

El acomodo de las diferencias étnicas recomienda un complejo de acuerdos jurídico-constitucionales flexibles, que respete los sujetos colectivos históricos, las complementariedades, las arquitecturas múltiples, y que no busca la uniformidad sino la diversidad en el conjunto de la casa común del país. La acomodación de las diferencias étnicas promueve las identidades públicas múltiples, abogando por una igualdad compleja con un respeto institucional por las diferencias de una diversidad profunda (MacGarry et al., 2008).

La acomodación requiere como mínimo, el reconocimiento de más de un grupo étnico, comunidad lingüística, nacional o religiosa en el Estado. Su objetivo es asegurar la coexistencia de diferentes comunidades dentro de un mismo Estado. El lugar central del acomodo entre diferentes colectivos es la Constitución. La Constitución funciona para la política como la gramática para el lenguaje (Paine, 1791: 104). De esa manera, el acomodo debe ser siempre un ajuste constitucional, ya que la Constitución es la pieza clave del sistema jurídico que ayuda a conformar relaciones recíprocas de reconocimiento.

II. Razones para un reconocimiento que permita la acomodación constitucional de las diferencias étnico-nacionales en Chile

1. La Constitución es la casa común, donde deben encontrar lugar todos los participantes en el proceso político de un país. Esto requiere que los sujetos que han sido históricamente subalternos sean incluidos como sujetos de derechos en el texto constitucional, para que puedan actuar legítimamente dentro del marco institucional del país. La inclusión constitucional de los Pueblos Indígenas tiene por objetivo su reconocimiento como agentes del proceso político, donde, revestidos de derechos y dentro del marco constitucional, puedan hacer oír sus intereses y visiones acerca de nuestra convivencia. Una constitución que enmudece frente a la existencia del mundo indígena, tiene por efecto, como ha ocurrido hasta ahora en Chile, permitir o incluso favorecer que los Pueblos Indígenas sean vulnerados en sus derechos humanos colectivos e individuales por los poderes constituidos del Estado o por otros ciudadanos.

2. Como señalamos más arriba, el reconocimiento constitucional tiene la virtud de afrontar los conflictos étnico-nacionales que surgen en la vida política de los países, permitiendo generar una institucionalidad que se propone, por una parte, dar expresión a actores del proceso político que han sido

excluidos en la conformación del Estado; y, por otra parte, dar legitimidad a las instituciones públicas comunes como instrumentos que favorecerán los intereses públicos considerando los intereses y derechos de sujetos que han estado marginados del poder. A partir de la creación de dicha institucionalidad, sujetos tratados como subalternos, como los Pueblos Indígenas, pueden participar en plenitud de los procesos políticos del país, planteando sus visiones, valores e intereses y pudiendo confiar en que serán tomados en cuenta para la resolución de conflictos.

3. El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas no puede significar una mera referencia simbólica en un texto. El constitucionalismo simbólico, es decir, el que genera una inclusión retórica y no es capaz de transformar la distribución real del poder en una sociedad, esto es, su constitución material, no servirá a la verdadera inclusión de los Pueblos Indígenas. La simple mención a la preexistencia de los Pueblos Indígenas sin el reconocimiento de derechos colectivos, o el reconocimiento de derechos colectivos sin su debida garantía, sólo tendrán como resultado la creación de expectativas que se verán defraudadas una vez más, haciendo más visible, pero dejando sin solución la exclusión de los Pueblos Indígenas. Los Pueblos Originarios quieren compartir efectivamente el poder para contar con decisiones, destinadas a ellos, o a la ciudadanía en general, que ellos concurran a decidir. Esto sólo puede suceder si se reconocen y garantizan adecuadamente derechos colectivos para los Pueblos Indígena, que les habiliten para ejercer poder dentro del Estado, es decir, un reconocimiento constitucional robusto y plurinacional.

4. La legitimidad democrática de un sistema político requiere que este sistema se base en el autogobierno de los ciudadanos y no sea fruto de la dominación de un grupo o una cultura sobre otras. La no-dominación exige que reconozcamos que existen diversos pueblos desoídos e invisibilizados por el Estado chileno y que hay diferencias cualitativas entre ellos y la cultura dominante de la sociedad chilena. Hasta la fecha, los Pueblos Indígenas han sido objetos de las consecuencias de la dominación que surge del colonialismo. Esta no se extinguió con la independencia de la República, sino que se proyecta en sus consecuencias hasta el día de hoy. El despojo de los recursos, la opresión de sus instituciones, la agresión a sus culturas por las políticas de asimilación, la represión de sus protestas mediante un uso desproporcionado de la fuerza y de los instrumentos

legales del Estado, además de los persistentes estereotipos y estigmas racistas que difunden los medios de comunicación y que se han arraigado en las élites y el resto de la población, en contra de los Pueblos Indígenas, dan cuenta de la subalternidad de dichos pueblos en nuestra convivencia. Este conjunto de rasgos del tratamiento a los pueblos indígenas nos refiere a la inicua dominación que sufren y que les ha quitado su voz frente a las pretensiones hegemónicas de la cultura política dominante en el país. La restauración de la voz de los indígenas, a partir de un reconocimiento constitucional robusto, es una condición base para que nuestro sistema político recupere su legitimidad.

5. Las heridas coloniales de los Pueblos Indígenas de Chile, incluso después de la colonia, han sido bien producto de la mano visible del Estado, o bien con la complicidad o pasividad de éste. Por ello, el Estado debe ser capaz de reconocer sus deudas históricas y proceder a reparar los daños provocados. Esto requiere, como primer paso, que las autoridades del Estado pidan perdón a su nombre, pero para dar substancia a aquello, se debe avanzar a un reconocimiento que implique que el Estado asuma los deberes de reparar eficazmente aquellos daños. Para los Pueblos Indígenas, la reparación consiste en el restablecimiento del equilibrio y la armonía, de manera que las medidas de reparación deberían conducir a garantizar la permanencia física y cultural y la reproducción de los sistemas culturales indígenas con autonomía. Lo anterior sólo puede conseguirse mediante una consagración y garantía constitucional de los derechos colectivos de los pueblos indígenas (Orduz, 2011: 9).

6. En Chile tenemos una aguda brecha de desarrollo normativo e implementación de los derechos de los Pueblos Indígenas que se reconocen en el derecho internacional de los derechos humanos. Desde la Ley Indígena, Ley Nº 19.253 de 1993, sólo se han dictado la Ley Nº 20.249 de 2008 que crea los Espacios Costeros Marítimos de los Pueblos Originarios, la Ley Nº 20.584 de 2012 sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, que reconoce en una de sus normas los sistemas de sanación indígenas. Sólo después de 20 años, ratificamos el Convenio Nro. 169 de la OIT. Esto contrasta, por una parte con la práctica comparada de los otros países que tienen porcentajes relevantes – e incluso menores que Chile – de población indígena; y, por la otra, con el desarrollo que han tenido el derecho internacional de los

derechos humanos, y que se ha plasmado en textos de referencia, como la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU (2007) y de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA (2016), ambas suscritas por Chile.

Por lo anterior, son pocos los derechos que en Chile efectivamente detentan los Pueblos Indígenas, y todos ellos sujetos a limitaciones y amenazados constantemente de eliminación por parte de los sectores más conservadores de la sociedad chilena, que quisieran desandar lo poco que se ha avanzado en cuanto quisieran terminar con el sistema de recuperación de tierras que instala la ley indígena o que han propuesto el retiro de Chile del Convenio Nº 169. Esto es y será fuente inagotable de conflictos, y la única forma de conjurarlos es la decisión de poner al día el sistema jurídico chileno en materia de protección de derechos indígenas.

Es necesario que Chile adecue su marco constitucional y legal al avance mundial en los derechos humanos de los Pueblos Indígenas. Ello permitirá que los pueblos indígenas vean a su país en sintonía con los desarrollos globales del derecho. Además, la incorporación del derecho internacional a través de derechos indígenas reconocidos y garantizados como derechos fundamentales, permitirá a la práctica constitucional chilena permear el resto de los conceptos, derechos e instituciones constitucionales con la perspectiva indígena, haciendo posible que también podamos mirar desde ella la propiedad, el medio ambiente, la libertad religiosa, el derecho a la educación, la salud, los derechos de la infancia, de la mujer, entre otros.

7. La constitucionalización del poder consiste en la organización jurídica del poder público, para que éste pueda desempeñar su función de gobernanza legítima de una sociedad. El centralismo en el constitucionalismo chileno ha ocasionado que los poderes constituidos afincados en el centro del territorio del Estado hayan mostrado un sinnúmero de veces su inhabilidad para percibir y resolver los problemas de los territorios regionales y sus comunidades. De allí que se haya convertido en una tendencia global la transformación del Estado hacia la descentralización y la desconcentración de los poderes estatales y su transferencia a entidades territoriales, que tienen mayor legitimidad, cercanía y capacidad para operar cerca de la ciudadanía en general o de sectores de ella en particular. Las demandas por poderes autonómicos y de autogobierno por los ciudadanos están destinadas a mejorar la calidad del gobierno y de la capacidad de respuesta estatal. Este es también un elemento que ha provocado la existencia de formas de acomodación constitucional que reconozcan autonomías

territoriales, lo cual incluye el traspaso de poder a entidades indígenas, en una multiplicidad de países en el mundo. Son los indígenas los que mejor pueden identificar sus problemas y buscar maneras para resolverlos, orientando correctamente la acción estatal.

8. La falta de un reconocimiento constitucional robusto ha provocado que Chile le dé sistemáticamente la espalda a los grandes aportes que han hecho y pueden seguir haciendo los Pueblos Indígenas a través de la diversidad de sus identidades para una mayor armonía social y en las relaciones de la sociedad con la naturaleza. La forma de desarrollo adoptada por Chile y que se basa en un modelo de economía extractivista amparada por un Estado subsidiario en términos de la Carta Suprema de 1980, ha provocado una serie de patologías sociales, donde destacan, dentro de otras, la inmensa desigualdad, la falta de desarrollo tecnológico propio y la agresión al entorno natural. Precisamente, los Pueblos Indígenas de Chile se caracterizan por indicar un modelo civilizatorio distinto, buscando cuidar la diversidad biológica de los territorios que habitan, la mantención de la cohesión de la sociedad mediante mecanismos restaurativos de resolución de conflictos – en lugar de la forma excluyente de la solución retributiva – y la innovación colectiva que se adapta el entono a través de conocimientos tradicionales colectivos heredados de generación en generación, en lugar de las tecnologías que amenazan los territorios. Otros países, con mejores entornos constitucionales para los Pueblos Indígenas, los reconocen como aliados en la protección de la biodiversidad y respaldo de la diversidad de las formas de vida que son propias de la democracia.

9. El reconocimiento constitucional robusto de los Pueblos Indígenas no es contradictorio con la democracia liberal en que se basa nuestra tradición constitucional. Más bien, viene a profundizarla, llenando sus vacíos. Acoger en la Constitución las demandas de los Pueblos Indígenas de una mayor autonomía cultural y política se puede articular dentro de la perspectiva del liberalismo político-constitucional que caracteriza al constitucionalismo moderno. Como afirma uno de los grandes teóricos de los derechos colectivos, Will Kymlicka, las democracias liberales tienen una larga historia en la búsqueda de acomodo para las diferencias etno-culturales y han sido sorprendentemente consistentes siguiendo los patrones de la construcción de formas de acomodación (Kymlicka & Cohen-Almangor, 2000).

III. Derecho Constitucional Comparado y Derechos de los Pueblos Indígenas

En el derecho constitucional comparado podemos observar cómo se ha ido desarrollando una tendencia global hacia sistemas de acomodación constitucional que reconocen derechos políticos a grupos étnico-nacionales. Esta tendencia se aprecia claramente en la construcción de regímenes autonómicos destinados a los Pueblos Indígenas.

Estados con Sistemas de Autonomías para Pueblos Indígenas	
Australia	Estrecho de Torres y Tasmania
Bolivia	Autonomías originario-campesinas
Canadá	Self-government agreements
China	zizhi tiaoli
Colombia	Entidades Territoriales Indígenas
Costa Rica	Reservas
Dinamarca	Groenlandia
Ecuador	Circunscripciones Territoriales Indigenas
Estados Unidos	Tribal Sovereignty en Reservas (567 naciones nativas).
Filipinas	Los Kankana-ey y Bago en las Cordilleras del norte, los Buhid Mangyans de Mindoro, y los Subanon y Matigsalug de Mindanao
India	Adivasi Areas
Indonesia	Papua Occidental
Japón	Consejo Ainu
México	Municipios indígenas
Nepal	Commission for the determination of the number and boundaries of Village Bodies, Municipalities and Special, Protected or Autonomous Regions
Nicaragua	Costa de los Misquitos
Noruega	Parlamento Sami - funcional
Nueva Zelanda	Consejo Maorí – funcional.
Panamá	Comarcas
Perú	Wampis
Federación Rusa	Repúblicas autónomas, Oblast autónomas, Okrugs autónomas
Suecia	Parlamento Sami – funcional
Venezuela	Municipios Indígenas

Fuente: Elaboración Propia basada en Lightfoot, Sheryl (2016: 241 ss).

1. Estados Unidos:

En EE.UU. son reconocidas federalmente 567 naciones indígenas.

La Sección 8 de la Constitución de Estados Unidos enumera los poderes del Congreso, y la cláusula 3 autoriza al Congreso federal para regular el comercio

con las naciones extranjeras y entre los diversos Estados y con las tribus indias. De esta manera, sólo el poder federal puede relacionarse con las naciones nativas. Esto fue entendido en el sentido de que los estados federados no tenían poder para trabar ese tipo de relaciones, puesto que el estatus de esas naciones era ser naciones internas de la Unión, a cargo del poder federal.

En el precedente de 1832, Worcester v. Georgia, la Corte Suprema norteamericana indicó que:

> “Las naciones indias [son] comunidades políticas distintas, que tienen fronteras territoriales, dentro de las cuales su autoridad es exclusiva, y tienen derecho a todas las tierras dentro de esas fronteras, lo cual no solo se reconoce, sino que está garantizado por los Estados Unidos. Las naciones indias siempre considerados como comunidades políticas distintas e independientes que conservan sus derechos originales, como poseedores indiscutibles del suelo desde tiempos inmemoriales” (Worcester v. Georgia, 31 U.S. 515, 557, 559, 561 (1832)).

La doctrina Worcester o de la **Soberanía Tribal,** ha sido mantenida en el tiempo en el derecho constitucional norteamericano. Sólo el Congreso federal tiene la autoridad suprema para regular los poderes tribales, pues los poderes que poseen las tribus no son delegaciones de autoridad de los estados, ya que son una consecuencia del estatus histórico de dichas naciones como independientes (Pevar, 2012: 82).

La consecuencia de la soberanía tribal es el derecho de las tribus nativo americanas al autogobierno. El Presidente Clinton, en el Orden Ejecutiva Nº 13.084 de 2000 sobre Consultation and Coordination with Indian Tribal Government, señaló que "las tribus indias ejercen poderes soberanos sobre sus miembros y territorio ... Estados Unidos reconoce el derecho de las tribus indígenas al autogobierno y apoya la soberanía tribal y la autodeterminación.”(5 Exec. Order No. 13084, 65 Fed. Reg. 67249).

En 1934, la Indian Reorganization Act restituyó a las naciones nativas la administración de sus recursos, incluyendo tierras y derechos minerales, incorporando también disposiciones destinadas a crear una base económica para los habitantes de las reservas indias. De acuerdo a esta ley, las naciones nativas tienen derecho a organizarse para su bienestar común, y podrán adoptar una constitución y leyes adecuadas. La constitución de cada tribu también le conferirá a ella o a su consejo tribal los derechos y poderes de emplear asesoría legal para prevenir la venta, la disposición, el arrendamiento o el gravamen de tierras tribales, intereses en tierras u otros bienes tribales sin el

consentimiento de la tribu; y para negociar con los gobiernos federal, estatal y local. Además, cada tribu puede implementar sus propias normativas y organizar cortes de justicia.

Impulsada por Richard Nixon, en 1975 se dictó la **Indian Self-Determination and Education Assistance Act**, la cual buscó renovar los autogobiernos nativo americanos en respuesta a las demandas del American Indian Movement. La ley autorizará la transferencia de poderes a los gobiernos tribales, mediante un proceso de contratos (contracts 638) para empleados y el control administrativo de un programa que de otro modo sería federal se transfieren al gobierno tribal a través de un acuerdo. Dentro de las facultades transferidas, las tribus pueden acordar establecer un programa particular en áreas como gestión de recursos, aplicación de la ley, educación, salud, cuidado de niños y protección del medio ambiente, etc., cumpliendo con los requisitos y pautas federales para recibir fondos y apoyo. La supervigilancia de los acuerdos queda en agencias federales como el Bureau of Indian Affairs (BIA).

Esa ley federal fue modificada en 1994, cuando se agregó el Título IV que estableció un programa dentro del Departamento del Interior que se conocerá como “Autogobierno Tribal” y convirtió el autogobierno en una opción permanente para las tribus. Además, se autorizó a las tribus reconocidas federalmente para negociar acuerdos de financiamiento con el Departamento del Interior para programas, servicios, funciones o actividades administradas por el BIA.

De acuerdo a Pevar (2012: 84), los poderes de los autogobiernos tribales contemplan en EE.UU.:

(1) el derecho a formar un gobierno,

(2) el derecho a determinar la membresía tribal,

(3) el derecho a regular las tierras tribales,

(4) el derecho a regular las tierras de propiedad individual,

(5) el derecho a ejercer la jurisdicción penal,

(6) el derecho a ejercer la jurisdicción civil,

(7) el derecho a regular las relaciones domésticas, incluyendo asuntos relacionados con la vida familiar y familiar, como el matrimonio, el divorcio, las adopciones y la custodia de los hijos,

(8) el derecho a participar en y regular el comercio.

Las naciones nativas tienen su propio sistema de justicia, con jurisdicción civil y penal, sujeto al judicial review de la Corte Suprema. En particular, respecto de la justicia criminal, las naciones nativas tienen el poder de crear una fuerza policial, establecer tribunales y cárceles, y castigar a los miembros de la tribu

que violan la ley tribal (Pevar, 2012: 99). No tienen poder para juzgar a los no-indígenas, pero pueden excluirlos de la reserva, investigar supuestas actividades delictivas en la reserva, detenerlos y entregarlos a las autoridades apropiadas (Ibíd.: 100).

La justicia tribal tiene límites que puede establecer el Congreso federal, siendo los más importantes los referidos a los derechos protegidos en la **Indian Civil Righst Act** de 1968. Esta ley limita el castigo penal hasta un año de prisión y una multa de U$ 5,000.

La **Indian Child Welfare Act** de 1978 reconoció a los tribunales tribales como el principal y último foro para casos de bienestar y custodia de niños nativos.

En cuanto a la actividad económica, los gobiernos tribales pueden regular la actividad de sus miembros en las reservas, pero también la de los no indígenas. En el caso Merrion de 1982 (Merrion v. Jicarilla Apache Tribe, 455 U.S. 103), la Corte Suprema sostuvo que las tribus indias poseen la autoridad general, como soberano, para controlar la actividad económica dentro de su jurisdicción con respecto a indios y no indios por igual. Sin embargo, después ha limitado esos poderes, en casos como los de Atkinson y Hicks.

En 1978, la **American Indian Religious Freedom Act**, reconoció la integridad de las culturas nativas.

2. Colombia

La Constitución de Colombia de 1991 establece un principio general de diversidad (Bonilla, 2006), al señalar que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (art. 7º) y que es su obligación las riquezas culturales (art. 8º). La Corte Constitucional de Colombia ha determinado la aplicación del art. 7º, ubicándolo en una relación directa con los principios de democracia y pluralismo (Preámbulo, arts. 1º y 2º de la Constitución), indicando que se trata de una manifestación de la estructura pluralista del Estado colombiano (sentencias SU-510/98, T-188/93, T-342/94, T-039/97). El principio de diversidad actúa sobre la definición conceptual de los diferentes derechos fundamentales, que la Corte Constitucional ha desarrollado en beneficio de las comunidades indígenas (SU-510/98) (Semper, 2006: 765).

Ese principio determina el estatus de los pueblos y comunidades indígenas, irradiándose a una serie de derechos colectivos que la Constitución reconoció a las comunidades indígenas – o que han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia:

1) Derecho a la subsistencia, derivado del derecho a la vida (art. 11º de la Constitución Política CP);
2) Derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica, derivado del derecho a la integridad física (art. 12º de la CP), en particular como derecho a la defensa contra la desaparición forzada;
3) Derecho a la propiedad de tierra comunitaria. Las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63º).
4) Derecho a la participación – o a Consulta Previa - en decisiones y medidas que pudiesen afectar a las comunidades indígenas, en particular relacionadas con la extracción de recursos naturales en sus territorios según el artículo 6.15 de la ley Nº 21 de 1991, y art. 330º de la Constitución.
5) Derecho a la identidad cultural (art. 68.5 de la Constitución).
6) Derecho a reconocimiento y protección de las practicas medicinales tradicionales (C-377/94, T-214/97).
7) Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios, y en las comunidades con tradición lingüística propia la educación será bilingüe. (art. 10º). Su formación deberá respetar y desarrollar su identidad cultural (art. 68º).
8) Se reconoce que los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica tienen derechos especiales sobre esos patrimonios culturales, que deben ser reglamentados por ley (art. 72º).
9) Establece un sistema especial de representación política indígena, creando cargos de senadores y un número a reglamentarse de hasta cinco representantes a elegirse en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas (art. 176º).
10) Establece una jurisdicción indígena, al señalar que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes (art. 246º). La Corte Constitucional ha indicado que las autoridades de los pueblos indígenas, dentro de su territorio, gozan de plena facultad para establecer sus propias normas jurídicas, de conformidad con la ley de origen, el derecho mayor y el derecho propio (T-001/2012).
11) Se establecen los territorios indígenas como entidades territoriales (art. 286º). El artículo 287º les concede autonomía para la gestión de sus intereses, y

dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

a. Gobernarse por autoridades propias.
b. Ejercer las competencias que les correspondan.
c. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
d. Participar en las rentas nacionales.

12) Para las comunidades indígenas, el artículo 330º prescribe su marco global de autonomía: "...los territorios indígenas serán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades..."

13) El art. 321º establece la posibilidad de que los territorios indígenas o municipios circunvecinos puedan constituir provincias; el art. 329º brinda la posibilidad de crear entidades territoriales indígenas, así como la categorización de los resguardos como propiedad colectiva y no enajenable.

La Corte Constitucional colombiana, ha planteado que a los Pueblos Indígenas los asiste un derecho de autodeterminación (T-428/92, la T-007/95, la SU-510/98 y la T-009/2013). La Corte ha reconocido que la integridad cultural hace parte de la dimensión cultural de la autodeterminación (SU- 383/2003 y T-778/2005). Pero la consecuencia más relevante de la autodeterminación es la autonomía, aunque en varias ocasiones la Corte se haya referido a la autonomía y al autogobierno como derechos independientes, que corresponden también a otros grupos humanos (T-428/93, el salvamento de voto de C-058/94, T-379/2003, T-1005/2008, T-049/2013. En lo que concierne al autogobierno, se toman como referentes las sentencias T-428/1993 y T-552/2003.

Los espacios en que se realiza la autonomía habían sido los resguardos. Los resguardos fueron una institución colonial y que se remite al repartimiento español, que era la repartición y asignación de las tierras a los indígenas. Se trató de la figura de propiedad de la tierra comunal para los indígenas (pleno dominio y propiedad), que no era enajenable y que era confirmada mediante el otorgamiento de títulos sobre las tierras. La Ley Nº 89 de 1890 fue la primera en regular los cabildos y resguardos indígenas. La Constitución de 1991 reguló las entidades territoriales indígenas (ETIs) para reemplazar a los resguardos, concibiéndolos como espacios políticos y jurídicos de los pueblos indígenas para desarrollar, diseñar e implementar nuevas estructuras de gobierno propio.

Sin embargo, la Constitución de 1991, sujetó a la regulación de las ETIs a la dictación de una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, que aún no ha sido dictada hasta hoy. Ahora bien, el gobierno colombiano dictó el 7 de octubre de 2014, el Decreto Nº 1953 que puso en funcionamiento los territorios indígenas. La Corte Constitucional declaró el decreto exequible (C-617 de 2015), asegurando que el Gobierno no vulneraba la Constitución con él. En virtud del decreto, los resguardos constituidos y registrados pueden acceder al sistema general de participaciones en recursos públicos.

La Corte Constitucional, ha indicado que las competencias otorgadas por el art. 287º de la Constitución a las Entidades Territoriales, se traducen en autonomía política, autonomía administrativa y autonomía fiscal (C-1051 de 2001). La Corte también desarrolló el principio de la maximización de la autonomía, que deriva en una limitación de injerencia como forma de proteger intereses superiores (T-349/96; T-523/97; SU-383/03).

Respecto de la jurisdicción especial indígena, la Corte ha indicado que sus cuatro elementos esenciales son:

- La existencia de autoridades propias de los pueblos indígenas.
- La potestad de estas autoridades para establecer normas y procedimientos propios a los miembros de su colectividad en sus territorios.

- La sujeción de dicha jurisdicción y normas a los principios de la Constitución y las leyes.

- La coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

La jurisdicción indígena faculta a sus autoridades para actuar en los ámbitos de la vida política, administrativa y jurídica relacionados con sus asuntos internos, frente a la comunidad y su territorio. Se ejerce sólo en los territorios indígenas y no es aplicable fuera de sus límites territoriales. Cada comunidad establece y define las autoridades competentes para aplicar sanciones, así como establece el procedimiento a seguir y las medidas a adoptar en cada caso. Las sanciones y formas de sanción varían dependiendo de las diferencias culturales y del grado de fortalecimiento del gobierno propio de cada pueblo. Las autoridades propias son competentes para conocer todos los asuntos puestos en su conocimiento (administrativo, familia, penal, civil, etc.) (Mora 2003); en particular, en materia criminal, lo determinante para atribuir jurisdicción es la identidad del sujeto ofensor, aunque también se considera a la víctima (T-552/2003).

3. Canadá

La Constitución de Canadá, a pesar de que existe una Constitución Act de 1867, es similar a la del Reino Unido, en el sentido que tiene una parte no escrita, que está abierta, en cuanto las cortes pueden llenarla y hacer que evolucione. De acuerdo a John Borrows, “la relación de los pueblos indígenas con la tierra, sus recursos y otros pueblos podría considerarse una de las características organizativas de la constitución no escrita de Canadá.” (Borrows, 2016: 87).

La relación única entre los pueblos indígenas y la Corona, así como el derecho al autogobierno indígena serían valores constitucionales subyacentes en Canadá. (Campbell v. A.G. (B.C.), (2000), 189 D.L.R. (4th) 333 at para. 81; R. v. Pamejewon, [1996] 2 S.C.R. 821).

Por otra parte, existen una gran cantidad de tratados y acuerdos entre los Pueblos Indígenas y la Corona que también tienen un significado constitucional (Borrows, 2016: 90).

Pero, los derechos de los Pueblos Indígenas o Primeras Naciones fueron incorporados en la reforma de 1982 a la Constitución de 1867, después de múltiples intentos y de una persistente denegación tanto en la política canadiense como en la intervención del Parlamento Británico en la reforma.

La Sección 35 en la parte II de la Constitución señala:

(1) Se reconocen y afirman los Derechos Aborígenes y de los Tratados existentes de los Pueblos Aborígenes de Canadá.
(2) En esta Norma, los "Pueblos Aborígenes de Canadá" incluyen a los pueblos indios, inuit y metis de Canadá.

Lo anterior, se reforzó con la Sección 25 de la parte I, la cual, refiriéndose a la Carta de Derechos, indica que ellos no derogan los derechos y libertades que emanen de los tratados, acuerdos u otros, incluyendo a aquellos que emanan de la Royal Proclamación del Rey Jorge III de 7 de octubre de 1763. Dicha proclamación indica a las naciones indias como entidades políticas autónomas, viviendo bajo la protección de la Corona, pero conservando su propia autoridad política interna.

La sección 37 de la Constitución mandató una conferencia con la participación de las primeras naciones para identificar y definir derechos indígenas a

incorporar en el texto constitucional. En virtud de dichas conferencias, se agregaron a la Constitución, en la sección 35, los derechos siguientes:

(3) Para mayor certeza, en la subsección (1) 'derechos de tratados' se incluyen derechos que ahora existen por medio de acuerdos de reclamaciones de tierras o que pueden ser adquiridos de esa manera.
(4) Sin perjuicio de cualquier otra disposición de esta Ley, los derechos aborígenes y convencionales a que se refiere la subsección (1) están garantizados por igual para las personas de ambos sexos.

Antes de la reforma de 1982, hubo fuertes tendencias en Canadá que denegaban o desmontaban los derechos indígenas, considerando, por ejemplo, las tierras indígenas bajo un concepto del usufructo de la Corona antes que como propiedad indígena (Panagos, 2016). La constitucionalización de los derechos indígenas, fue la culminación de largas luchas y movilizaciones de organizaciones y comunidades indígenas durante el siglo XX.

El Comité Especial de la Cámara de los Comunes sobre Autogobierno Indio en 1983 produjo el Informe Penner, que recomendaba que las Primeras Naciones fueran reconocidas como un orden de gobierno distinto y que se establecieran procesos conducentes al autogobierno.

La Royal Commision on Aboriginal Peoples, propuso en 1996 que los derechos aborígenes y de los tratados reconocidos y afirmados por la Sección 35 de la Constitución incluían un derecho inherente al autogobierno de los Pueblos Indígenas.

En 1986, el gobierno conservador implementó la **Community-Based Self-Government policy.** En tanto, a partir de 1995, el gobierno liberal desarrollará la **Inherent Right of Self-Government Policy**.

Fruto de la enmienda constitucional, la Corte Suprema de Canadá, ha ido reconociendo los atributos de la libre determinación indígena. En el caso Pamajewon (1996), la Corte estaba dispuesta a considerar la posibilidad de que la Sección 35 reconociera un derecho de autogobierno.

En el caso Sioui (1990), la Corte ya había reconocido que los indígenas constituyeron naciones independientes y soberanas que podían formar tratados con la Corona y sus representantes. En los casos Adam y Coté, la Corte Suprema reconoció los derechos aborígenes, desde el derecho a los títulos

sobre la tierra, los derechos territoriales, hasta los derechos culturales (Morse, 2008: 40 ss).

Será sólo en el caso Campbell (Campbell et al. v. A.G. BC/AG Cda & Nisga'a Nation et al., 2000 BCSC 1123) que la Corte Suprema aceptará con claridad el derecho inherente al autogobierno, en ese caso de la Nación Nisga.

A través de un sistema de acuerdos y tratados modernos con el gobierno federal, con las provincias y de leyes provinciales, se han logrado poco a poco derechos de autogobierno para muchos pueblos. Pero existe una variación significativa en los poderes que los gobiernos indígenas han podido asegurar de esa manera. En cualquier caso, la protección constitucional de dichos acuerdos queda sujeta a dos limitaciones importantes (Webber, 2017: 287): i) los términos de los mismos acuerdos a veces limitan los derechos y obligaciones que crean; y ii) la autonomía efectiva de los pueblos indígenas depende en gran medida de las reglas, también contenidas en los acuerdos, para determinar qué reglas tienen prioridad en el caso de un conflicto.

La Constitución canadiense sigue sin explicitar un derecho indígena de autogobierno. Sin embargo, la política de acuerdos y tratados indica un consenso emergente a favor del reconocimiento de los derechos de gobernanza indígena y quizás también una voluntad de tratar a los gobiernos indígenas como si tuvieran un estatus similar a la de los niveles de gobierno federal y provincial (Ibíd.).

En la política vigente se siguen las siguientes líneas (The Government of Canada's Approach to Implementation of the Inherent Right and the Negotiation of Aboriginal Self-Government):

> "El Gobierno de Canadá reconoce el derecho inherente al autogobierno como un derecho aborigen existente en virtud del artículo 35 de la Constitución de 1982. También reconoce que el derecho inherente puede expresarse en los tratados y en el contexto de la relación de la Corona con las Primeras Naciones. El reconocimiento del derecho inherente se basa en la opinión de que los pueblos aborígenes de Canadá tienen el derecho de gobernarse a sí mismos en relación con asuntos que son internos de sus comunidades, integrales a sus culturas, identidades, tradiciones, idiomas e instituciones únicos, y con respeto a su relación especial con su tierra y sus recursos."[2]

[2] http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100031843/1100100031844

El gobierno canadiense ha explicitado que derecho inherente de autogobierno no incluye un derecho de soberanía en el sentido del derecho internacional. La realización de aquel derecho se ha implementado a través de acuerdos de autogobierno. Dichos acuerdos requieren que los gobiernos e instituciones aborígenes obtengan facultades específicas, cuyas materias serán objeto de negociación con los Pueblos Indígenas, pudiendo incluir:

- establecimiento de estructuras de gobierno, constituciones internas, elecciones, procesos de selección de liderazgo
- pertenencia
- matrimonio
- adopción y bienestar infantil
- Lengua, cultura y religión aborígenes
- educación
- salud
- servicios sociales
- administración/aplicación de las leyes aborígenes, incluido el establecimiento de tribunales o tribunales aborígenes y la creación de delitos del tipo que normalmente crean los gobiernos locales o regionales por contravenir sus leyes
- vigilancia
- los derechos de propiedad, incluida la sucesión y las fincas
- gestión de la tierra, que incluye: zonificación; tarifas de servicios; tenencia y acceso a la tierra; y expropiación de tierras aborígenes por parte de gobiernos aborígenes para sus propios fines públicos
- gestión de recursos naturales
- agricultura
- caza y pesca en tierras aborígenes
- impuestos en relación a impuestos directos e impuestos a la propiedad de los miembros
- transferencia y administración de dineros y activos grupales
- gestión de obras públicas e infraestructura
- vivienda

- transporte local

- concesión de licencias, regulación y funcionamiento de empresas ubicadas en tierras aborígenes

El sistema canadiense es flexible y negociable. Por cierto, que siempre se excluyen de la negociación ciertas competencias privativas como defensa, relaciones exteriores, regulación de la economía y otras de interés nacional.

Las Primeras Naciones Cree (1975) y Naskapi (1978) fueron las primeras en negociar acuerdos de auto-gobierno. Hasta ahora hay 31 tratados modernos.[3]

En Febrero de 2018, el gobierno canadiense se comprometió a mejorar el marco de derechos de las Primeras Naciones, a través de una nueva política que incluye: el respaldo sin reservas de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; un compromiso para implementar las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación; la creación del Grupo de Trabajo para revisión de las leyes y políticas relacionadas con los Pueblos Indígenas; publicación de los Principios relativos a la relación del gobierno de Canadá con los Pueblos Indígenas; y continuar el trabajo en curso en las mesas de Reconocimiento de Derechos Indígenas y Autodeterminación, donde el gobierno y los Pueblos Indígenas trabajan en asociación sobre las prioridades identificadas por los indígenas.

4. México

A propósito del quinto centenario de la llegada de Colón a América, se reformó en 1992, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo en el art. 4º que México tiene una configuración pluricultural, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas.

En 2001, se introdujo una nueva reforma substantiva, para dar cumplimiento a los Acuerdos de San Andrés Larrainzar de 1996 entre el gobierno mexicano y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN). En virtud de esa reforma, se adiciona a ese artículo, ahora contemplado como artículo 2º, el derecho a la libre determinación, el cual se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. Se da también un mandato a los estados federados para el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas en sus constituciones y leyes.

[3] http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100030583/1100100030584

El principal contenido de la libre determinación en las demandas del EZLN era la autonomía, entendida como auto-gobierno, o derecho a darse o a quitarse sus propios representantes y decidir sobre el camino propio. (EZLN, 1996).

Así lo reconoce la Constitución en el Apartado A de la Fracción I, dándole el sentido de facultad de decisión sobre sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. Para ello, elegirán en votaciones populares a sus autoridades para el ejercicio de su propio gobierno.

Por otro lado, en la Fracción II, se le da a la autonomía el sentido de aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando como límites materiales las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres (Roldán Xopa, 2017: 91-92).

Además, en la Fracción IV, se reconoce el derecho a preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

La Fracción V reconoce el derecho a la integridad de las tierras indígenas, mientras la Fracción VI reconoce el derecho a acceder al dominio y tenencia

de las tierras y al uso y goce preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan.

Los Acuerdos de San Andrés plantearon la necesidad de reformas al art. 115º de la Constitución, para que las legislaturas pudieran proceder a la remunicipalización o a la creación de nuevos municipios indígenas sin alterar la naturaleza de la institución municipal reconocida por la carta suprema. La Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA), recogió este planteamiento.

Será precisamente la vía municipalista de autonomía, la que podrá desarrollarse en México, frente a propuestas regionalistas o comunalistas (Velasco Cruz, 2003). La Fracción VII del art. 2º de la Constitución señalaba que los Pueblos Indígenas podrán elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, y será responsabilidad de las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocer y regulará estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

Para tal efecto, el art. 115º de la Constitución señaló, en el último párrafo de la fracción tercera, que “las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley”. Con ello, se puso coto a las demandas de autonomía que hacían los

mismos zapatistas y otros movimientos e intelectuales indígenas, en cuanto ponía tres limitaciones: “Una limitación subjetiva: el sujeto sólo puede ser la comunidad; una limitación territorial: la autonomía, en términos de coordinación de autonomías comunitarias, nunca podrá superar el ámbito municipal; una limitación de eficacia jurídica: esa controlada ampliación del ámbito autonómico queda derivada y subordinada a la regulación legal” (Aparicio, 2009: 26-27).

EL EZLN, desarrolló su propia experiencia autonómica. En 2003, nacen las Juntas de Buen Gobierno (JBG). A partir de las posibilidades de autonomías indígenas municipales, se generan coordinaciones mayores a escala regional de índole autonómica. Los Municipios Autónomos Rebeldes Zapatistas (MAREZ) mantienen sus funciones exclusivas en las materias de impartición de justicia, salud, educación, vivienda, tierra, trabajo, alimentación, comercio, información y cultura, tránsito local. Junto a los MAREZ, aparecen las JBG en las 5 regiones rebeldes de los zapatistas (Díaz Polanco, 2006: 45). Las JBG estarán situadas en los Caracoles y cada junta está integrada por delegados de los respectivos consejos de los MAREZ. Se demarcan jurisdicciones propias de las juntas, en tanto los delegados hacen valer sus acuerdos internos, y aplican sus propios sistemas normativos con sus métodos de resolución de conflictos.

Las funciones que han asumido las JBG son (Ibíd.,45-46):

1) Decidir, después de evaluar la situación de las comunidades, adonde es más necesario que los donativos y apoyos exteriores se dirijan.
2) La JBG impondrá a todos los proyectos que se realicen en los municipios un “impuesto hermano” del 10 % de los mismos.

3) Las juntas tienen la facultad de reconocer como zapatistas “a las personas, comunidades, cooperativas y sociedades de producción y comercialización”, para lo cual éstas deberán registrarse en una de aquellas.

4) Los excedentes o bonificaciones por la comercialización de productos de cooperativas y sociedades zapatistas se entregarán a las Juntas de Buen Gobierno, para que éstas a su vez hagan las reasignaciones a las comunidades menos favorecidas.

Para el Gobierno Federal, las JBG y los Caracoles sólo se equipararán con las decisiones internas que toma un grupo privado para organizar sus actividades.

La autonomía zapatista representa una respuesta a la intransigencia del gobierno en constitucionalizar una reforma a los derechos indígenas que tuviera un alcance más profundo. Pero, sobre todo, representa una conceptualización distinta de los derechos indígenas. En el ejercicio directo de su derecho a la autodeterminación, el movimiento zapatista se libera de las conceptualizaciones normativas y redefine los "derechos" como existentes "en su ejercicio". Son ejercidos en las regiones zapatistas como una forma de resistencia, explicitada en el término "municipios autónomos en rebeldía", de manera que deriva de factores puramente inmanentes a la sociedad, o como el resultado de relaciones particulares de fuerza social (Speed, 2011: 157).

En enero de 2017, la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México aprobó un texto constitucional con derechos de los Pueblos Indígenas en la Gran Ciudad. En el artículo 65, se consagran los derechos de la población indígena, planteando que los pueblos y barrios originarios y comunidades indígenas residentes tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. En el apartado de Autonomía, se establece que la libre autodeterminación se ejercerá a través de la autonomía de los pueblos y barrios originarios como partes integrantes de la Ciudad de México. Igualmente se establece que esos conceptos se entenderán como su capacidad para adoptar por sí mismos decisiones e instituir prácticas propias para desarrollar sus facultades económicas, políticas sociales, educativas, judiciales, culturales, así como el manejo de los recursos naturales y del medio ambiente.

IV. Propuestas de Reconocimiento Constitucional en Chile:

En Chile, los pueblos indígenas jamás han tenido un tratamiento constitucional. Nuestra carta suprema nunca ha dedicado ninguna cláusula destinada a ellos.
En 1973, las Bases para una Nueva Constitución que el Presidente Salvador Allende quería presentar, contenía un párrafo destinado a los Pueblos Indígenas:

> "El Estado asegura al pueblo mapuche y demás grupos étnicos autóctonos el derecho a desarrollar su personalidad cultural y al uso y cultivo de su lengua materna. La Isla de Pascua tendrá un representante propio en el Congreso."

Esta propuesta era una consecuencia de una evolución del sistema político para hacerse cargo de la necesidad y demandas de inclusión de los Pueblos Indígenas,

cambiando los términos de cómo el derecho estatal había regulado la relación del Estado y esos pueblos, y que se había expresado en la Ley Pascua del Presidente Eduardo Frei Montalva (1966) y la Ley del Instituto de Desarrollo Indígena del Presidente Salvador Allende (1972).

Ante el retorno de la democracia y desde entonces, han existido diversos proyectos de reconocimiento constitucional en el país, no logrando hasta ahora ninguna transformar el texto constitucional:

- 1) El 1º de diciembre de 1989, un conjunto de dirigentes de los Pueblos Indígenas con el entonces candidato a Presidente Patricio Aylwin Azócar, suscribieron el Acuerdo de Nueva Imperial. En el primer punto de los compromisos asumidos por Aylwin, éste se comprometió al "reconocimiento constitucional de los PUEBLOS INDÍGENAS y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales".

  A partir de ese compromiso, el gobierno de Aylwin, se formuló el proyecto del Boletín Nro 513-07 de 1991, **Reforma Constitucional relativa a los pueblos indígenas,** el cual fue rechazado el 17 de octubre de 2000 en la Cámara de Diputados.
- 2) En 1999, queriendo aportar al esfuerzo por el reconocimiento constitucional, formulamos el proyecto del Boletín Nro 2360-07, **Reforma constitucional que reconoce la existencia de los pueblos indígenas y les otorga participación política en el Estado**.

  Entonces queríamos que un reconocimiento fuera más allá de un reconocimiento simbólico o que tuviera deberes genéricos, sino que la consecuencia de que la preexistencia de los Pueblos Indígenas era hacerlos participar como tales, en las reglas del juego que nos hemos dado para adoptar decisiones colectivas que nos afecten a todos en nuestra organización como sociedad y en nuestra convivencia, sin afectar, por ello, la unidad del Estado. Para ello, propusimos que el reconocimiento fuera un pacto político, que hiciera posible la participación política de los Pueblos Indígenas respectiva en los órganos que toman decisiones colectivas que los afectan.

  Entonces propusimos el reconocimiento del derecho a mantener, desarrollar y fortalecer la identidad y tradiciones de los Pueblos Indígenas que integran la Nación chilena. En ese momento no teníamos presente la evolución que plantearía la Plurinacionalidad como el estándar de reconocimiento en el mundo actual.

  El proyecto fue archivado en abril de 2017, sin adelantar el primer trámite constitucional.

- 3) El año 2000, volvimos a plantear un proyecto de reconocimiento con el Boletín Nro 2511-07, que **Modifica diversas instituciones de la Constitución Política de la República**, y que fue archivado en 2006, sin adelantar el primer trámite constitucional.
- 4) En julio de 2000 se formula el Boletín Nro 2534-07**, Reforma constitucional sobre elecciones de Diputados y Senadores, composición del Senado, integración y atribuciones del Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas, Consejo de Seguridad Nacional, Plebiscito y otras materias que indica**. En esta gran propuesta de reforma se había incluido un reconocimiento constitucional, pero que finalmente fue rechazado en el Senado, mientras que el resto de la reforma prosiguió y se convirtió en la reforma constitucional de 2005.
- 5) En enero de 2006, se presentó la propuesta del Boletín Nro. 4069-07, que **Establece una reforma constitucional sobre pueblos indígenas**, el cual fue archivado el 24 de septiembre de 2009, para ser refundido con los boletines 5324-07 y 5522-07.
- 6) El Boletín Nro 5324-07, **Proyecto de reforma constitucional que reconoce el aporte de los pueblos originarios a la conformación de la nación chilena**, se presentó como moción el 6 de septiembre de 2007 en el Senado. Este proyecto sigue en trámite, refundido con el Boletín 5522, pero sin ningún movimiento desde 2012.
- 7) El Boletín Nro 5427-07, **Reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas**, de 21 de octubre de 2007, corresponde a un mensaje de la Presidente Michelle Bachelet. Este fue la segunda vez que el gobierno asumía la empresa del reconocimiento constitucional. Este proyecto indicaba que la nación chilena era multicultural. Este proyecto se retiró en noviembre del mismo año, para presentar el siguiente proyecto.
- 8) El Boletín Nro 5522-07, que **Reconoce a los pueblos indígenas de Chile**, fue También un mensaje de la Presidente de la República Michelle Bachelet, de 23 de noviembre de 2007. Dicha propuesta buscaba el reconocimiento constitucional del derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas e instituciones de los Pueblos Indígenas. En 2012 se le quitó la urgencia y se terminó su tramitación.
- 9) El Boletín Nro 8438-07, que Modifica la Constitución Política de la República, **estableciendo normas sobre la participación y la representación política de los Pueblos Indígenas**, consiste en una moción presentada en la Cámara de Diputados el 11 de julio de 2012. En este proyecto, el Estado reconoce y garantiza el ejercicio de los derechos

colectivos de los Pueblos Indígenas, su representación política en ambas cámaras del Congreso, los Consejos Regionales y Concejos Municipales, y su participación efectiva en las decisiones que los distintos órganos de la Administración adopten referidos a sus derechos colectivos.

- 10) El Boletín 11289-07, que **Modifica la Constitución Política de la República, con el objeto de reconocer a los pueblos originarios y garantizarles cargos de diputados y senadores**, fue una moción presentada en el Senado, el 21 de junio de 2017. Este proyecto definía a Chile como multicultural, reconocía el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones culturales, el derecho a una educación intercultural, el derecho a las tierras y aguas. Y mandata a la ley establecer escaños reservados en el Senado y la Cámara de Diputados.
- 11) A principios de marzo de 2018, Michelle Bachelet, en los últimos días de su segundo mandato, presentó un mensaje con un proyecto de reemplazo total de la Constitución, en el Boletín N° 11617-07. En este proyecto se contiene un reconocimiento constitucional que asegura a los pueblos indígenas participarán como tales en el Congreso Nacional, mediante una representación parlamentaria, reconoce las distintas formas de educación de los pueblos indígenas, los derechos culturales y lingüísticos y el derecho a su patrimonio cultural, material e inmaterial.

Aunque existen tantas iniciativas, muchas aún en tramitación, que plantean un reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas, queremos emprender un nuevo esfuerzo que contenga una vigorosa formulación de una propuesta de reconocimiento constitucional. Debe tratarse de una propuesta que, por una parte, de cuenta de las demandas de inclusión constitucional de los Pueblos Indígenas del país, que no han sido acogidas en las iniciativas referidas; y, por otra, que se adecue al avance de los derechos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional comparado.

Los esfuerzos anteriores contaron con diversas virtudes, incluyendo la introducción de conceptos como el multiculturalismo, la participación política y la propuesta de protección de ciertos derechos culturales, aunque sin hacerse cargo de la plurinacionalidad del país, de la libre determinación, la autonomía y los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas, los cuales serán los conceptos eje de esta propuesta.

V. Demandas del Proceso Constituyente Indígena

En 2016, dentro del marco del proceso constituyente chileno que convocó la Presidente Michelle Bachelet, se realizó un procedimiento especial de participación previa, denominado “Proceso Constituyente Indígena”.

Una de las características principales de dicho proceso consiste en que los participantes, alrededor de 16.000 personas, plantearon demandas de reconocimiento constitucional que estaban sintonizadas con las grandes demandas del movimiento indígena que se viene desarrollado en el país y que observa el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas.

- En dicha etapa participativa, se planteó que “el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas debe ser como pueblos o naciones” (Gobierno de Chile, 2017: 67).
- En las “actas también se da cuenta de una reflexión respecto a la configuración del Estado, apuntando a la formación de un Estado plurinacional, dado que este respaldaría la organización político-administrativa de los pueblos indígenas, junto a su vinculación a un territorio específico” (Ibíd.: 69). La plurinacionalidad es vinculada a la autodeterminación de cada pueblo y al principio de interculturalidad.
- Se exige la garantía del derecho a la autodeterminación (Ibíd.: 71).
- Se demanda que se reconozca en la Constitución de Chile, el derecho a la consulta previa (Ibíd.).
- Respecto a los territorios, se demandó que los Pueblos Indígenas tienen derecho a tener un territorio que debe obedecer a las tierras que han ocupado tradicionalmente, teniendo además el derecho de tener la propiedad colectiva de las mismas (Ibíd.: 72). Así también se exige que los Pueblos Indígenas tengan capacidad de decisión y administración sobre los recursos naturales que se encuentran en el territorio de sus comunidades y sus territorios ancestrales (Ibíd.: 79).
- Se señala que “el sistema jurídico de las comunidades debe tener facultades para regular lo que sucede en los territorios de las comunidades, no tan solo para sus propios miembros, sino que en términos generales.” (Ibíd.: 73).
- También se requiere el derecho a decidir sobre el modelo de desarrollo que se implementará, para lo cual se debe considerar la cosmovisión de cada pueblo (Ibíd., 75). Esto incluye la administración territorial (Ibíd.: 78).
- Se exige el derecho a la autonomía, en cuanto a que los pueblos indígenas cuenten con sus propias instituciones de autogobierno, con una organización social y política basada en sus principios culturales y que reconozca la importancia de instituciones tradicionales (Ibíd.: 76). La Constitución deber asegurar, respaldar y promover el rol de las autoridades tradicionales de los Pueblos Indígenas (Ibíd.: 97).

- A lo anterior se agrega, la demanda por mecanismos que garanticen la representación efectiva en el sistema político chileno, en todos sus niveles, incluyendo el Congreso y los Concejos Municipales.
- Se exige que las comunidades indígenas tengan derechos constitucionales sobre el agua, considerando su importancia material y simbólica dentro de la cosmovisión de cada pueblo (Ibíd.: 80).
- Protección y fomento de las prácticas culturales (Ibíd.: 93). Se demanda que la protección de los derechos culturales “debe abarcar todos los elementos que forman parte de sus cosmovisiones indígenas, incluyendo el patrimonio natural, los símbolos y las autoridades tradicionales” (Ibíd.: 95).
- Se pide el reconocimiento de la diversidad cultural; el derecho a la identidad cultural y religiosa; el derecho a la participación y goce de la cultura. Debe incluirse la protección al patrimonio cultural material e inmaterial.
- Se pide establecer que Chile es un país plurilingüe (Ibíd.: 105).
- Se plantea la necesidad de reconocimiento y respeto de la medicina ancestral de los Pueblos Indígenas (Ibíd.: 108).
- La educación debe ser con pertinencia cultural.

Estas demandas planteadas recientemente presentan la profunda aspiración de los Pueblos Indígenas de Chile hacia la restauración de su libre determinación, de manera que sea protegida por el marco común de la Constitución Política del país del cual formamos parte. Se busca, antes que nada, reorientar y no amenazar al Estado. Esto quiere decir que se quiere, por la vía de profundizar la democracia y la diversidad del Estado chileno, el recuperar la condición de libre determinación que el mismo Estado había garantizado en los tratados y parlamentos suscritos por Chile. Por ejemplo, en los tratados o Koyang de Tapihue, en el acuerdo de Voluntades entre el Estado de Chile y el Rey de Rapa Nui en 1888. En todos ellos, los Pueblos Indígenas nunca cedieron sus instituciones políticas propias y sus sistemas de autoridad y gobernanza. Este es el núcleo de la libre determinación y se proyecta sobre las tierras y el territorio.

En el Acuerdo de Voluntades de 1888, el Rey Atamu Tekena cedió – según el texto en rapa nui/ tahitiano antiguo -, sólo lo superficial, esto es, que “se escribe lo de arriba”, refiriéndose a que “el acuerdo versa solo sobre lo superficial y que por lo tanto no implica la cesión de la tierra a Chile” (IGWIA, 2012: 7). Por el Tratado de Tapihue de 1825, los Mapuche conservaban derechos autonómicos garantizados por el Estado chileno (Téllez et al., 2011).

Este proyecto quiere ser fiel reflejo de las demandas constitucionales de los Pueblos Indígenas, expresadas por sus organizaciones que han expresado

democráticamente sus demandas, como de los resultados de la participación del proceso constituyente indígena que hemos sumarizado aquí.

VI. Conceptos Fundamentales de la Propuesta

En atención a los antecedentes anteriores, hemos construido una propuesta de reconocimiento constitucional que considera los siguientes conceptos clave:

1. **Derechos Colectivos:**

   Los Derechos Colectivos son aquellos derechos que son detentados por un grupo o colectivo – en el caso de este proyecto los Pueblos y comunidades indígenas-, en lugar de por los miembros de dicho grupo. Son derechos de índole diferente a aquellos que tiene una persona individual como individuo, puesto que corresponden a un nivel distinto. Un derecho colectivo de un grupo a determinar su vida colectiva no puede resumirse o agregarse de los derechos individuales de sus miembros. Los derechos que las personas poseen en virtud de ser miembros de grupos, como miembros de universidades o clubes deportivos, empresas u otros grupos u organizaciones son derechos individuales. Los derechos colectivos no se dejan dividir, ni se reducen por los usos individuales.

   Los derechos colectivos son atribuidos en atención a las cualidades de la agencia moral de su titular, el grupo. Por ejemplo, las comunidades y Pueblos Indígenas tienen una identidad, prácticas y conocimientos colectivos que los cohesionan, organizando formas de vida más o menos densas, diferenciadas de otras. Además, poseen una articulación institucional que los gobierna y permanece total o parcialmente. Los colectivos conforman círculos sociales, que influencian y hacen posible los planes de vida de los sujetos individuales, de una manera que no puede ser reemplazados por éstos. Pero también, la pertenencia o vida en común tiene una lógica propia, que no se deja reducir a la vida psicológica individual.

   En segundo lugar, se pueden atribuir por la naturaleza del interés o bien jurídico que proteger, un bien público, común por su esencia, que no se puede dividir ni admite rivalidad por su uso; o bien porque, siendo en cierta dimensión divisibles y rivales, tienen en otra dimensión un significado que excluye su divisibilidad. Por ejemplo, las culturas indígenas son indivisibles; las tierras indígenas son materialmente divisibles, pero por su vínculo espiritual con las culturas indígenas son indivisibles, y, por tanto, objetos de derechos colectivos (Cfr. Seymour, 2017).

El desconocimiento de los derechos colectivos es una forma de menosprecio para los Pueblos Indígenas, pues pretenden reducirlos a una expresión cultural privada e individualizada, la cual además es ajena a sus patrones de identidad. Su consagración es la vez una forma de proteger sus derechos individuales de la discriminación y de reparación por las injusticias pasadas.

La afirmación de los derechos colectivos no puede significar la opresión de los derechos individuales de sus miembros. En el caso de los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas, su razón de ser es la sobrevivencia cultural e una forma de vida, para así garantizar la dignidad, dar mayor libertad y proteger la igualdad de trato hacia sus miembros. Por esa razón, no puede ser compatible con formas de restricción de las autonomías individuales de sus miembros.

2. Plurinacionalidad:

El Estado plurinacional es un Estado democrático que tiene la suficiente flexibilidad como para poseer dispositivos constitucionales que permitan la convivencia dentro del Estado de diferentes demoi o comunidades políticas y sus respectivos órdenes políticos (Tierney, 2004: 125). Los Estados plurinacionales pueden surgir de la existencia de diversas naciones que conforman un Estado, resultando una de ellas dominante históricamente frente a las demás – como en el caso de Castilla versus Cataluña en el Estado español; o bien por la presencia de pueblos indígenas. En este segundo caso, no estamos hablando de dos o más naciones-estatales, donde una triunfa sobre otras, sino de las tensiones entre una nación-estatal que se organiza en Estado y un Pueblo o Nación que tiene una visión comunitaria de su vida común y que no pretende ni ha pretendido volverse en Estado, pues su visión cultural es ajena a dicha construcción (Souza Santos, 2007: 31). Estos dos tipos de plurinacionalidad pueden coexistir (como en Canadá donde las naciones-estatales anglo-descendiente y franco-descendiente conviven con las primeras naciones indígenas).

El Estado plurinacional es una polity o institucionalidad política con una gran comunidad política múltiple, en la cual, las naciones internas cuentan con marcos normativos que les permiten tener relaciones recíprocas para tener una convivencia política y social.

Los Pueblos Indígenas pueden considerarse naciones o nacionalidades en el sentido que poseen un pasado común y sobre todo una aspiración a un futuro común para y a través de su identidad colectiva, diferenciada de otras identidades, aunque no en el sentido de buscar organizar un Estado para tales efectos, en oposición a las naciones-estatales, que sí lo buscan. Lo

que diferencia a una nación indígena de otros grupos étnicos – como un grupo de migrantes – es que poseen una forma de gobernanza colectiva, es decir, sus instituciones propias, que gestiona y proyecta su identidad. Los Pueblos Indígenas como las naciones estatales tienen una forma de gobernanza, pero los primeros no se organizan ni se proponen organizar en un Estado. Por ello, los Pueblos Indígenas no desean ni se les reconoce la soberanía externa, sino una participación interna en la soberanía estatal a través de formas de acomodación que se traduce en derechos colectivos. También esa es la razón de porque, las formas de libre determinación para las naciones estatales conllevan, muchas veces, conflictos difíciles de resolver por la pretensión estatal de las naciones-estatales favorecidas con ese derecho – Vg. Quebec, Cataluña o Escocia-, conflictos que no surgen cuando los titulares de ese derecho son los Pueblos Indígenas.

La presencia de estas naciones dentro de un mismo Estado, requiere, para mejorar la calidad de la democracia, prevenir y reparar la discriminación y la subordinación de las identidades minoritarias o subalternas. Por ello, exigen sistemas de acomodación constitucional para estructurar una convivencia común estable.

De acuerdo al constitucionalista Stephen Tierney, los acomodos constitucionales plurinacionales se basan en los siguientes principios:

- Autonomía: es una profundización de los procesos de descentralización del poder político, transferencia de poderes de gobierno a entidades subestatales, como organizaciones indígenas territoriales.
- Representación: aseguramiento del poder e influencia de las distintas comunidades que forman parte del Estado en el aparato estatal y sus centros de poder.
- Reconocimiento: tratamiento de las diversas comunidades que forman el Estado como iguales entre sí, sin que se imponga la identidad cultural de una sobre otras.
- Reciprocidad: todas las comunidades reconocidas dentro del Estado y constitucionalmente acomodadas de manera equitativa dentro de él, deben contribuir al Estado y a las otras comunidades con las cuales conviven.
- Democracia: todos los miembros de cada una de las comunidades que forman el Estado deben ser concernidos para decidir el futuro de dichas comunidades.

La plurinacionalidad es una versión profundizada del multiculturalismo, en el sentido que, busca realizar políticas de reconocimiento recíproco entre grupos culturales, pero va más allá de las formas iniciales o neoliberales del multiculturalismo, que se contentan con reconocimientos simbólicos o

garantizando sólo derechos culturales. El plurinacionalismo, se realiza genuinamente cuando se garantizan derechos colectivos de índole política, esto es, que estructuran formas de compartir el poder político dentro de un Estado como estrategias de acomodación constitucional.

Dado que las demandas de los Pueblos Indígenas, tanto en América Latina como en Chile, se ha desplazado de la búsqueda de reconocimientos culturales hacia la demanda de compartir el poder político en el Estado, la reivindicación por igualdad de dichos pueblos ha tomado el sentido de la plurinacionalidad. Para estos pueblos, la plurinacionalidad busca una descolonización del Estado, en cuanto quiere desplazar formas de dominación y subordinación, por relaciones de interculturalidad simétrica, que hagan posible una mayor igualdad de los Pueblos Indígenas dentro de la ciudadanía del país (Resina de la Fuente, 2012: 63 ss).

La plurinacionalidad mediante derechos colectivos políticos, hace compatibles las diversas comunidades políticas internas en una sola gran comunidad política de ciudadanos que se organiza en el Estado, con un marco constitucional común, y que se mantienen unidas a través de vínculos de solidaridad que se basan en el respeto a la diferencia. Estos derechos pueden convertir a un Estado unitario en un Estado federal, o bien en un Estado unitario complejo, descentralizado y regionalizado (Caminal, 2017).

3. Auto-determinación o Libre determinación:

El derecho de auto-determinación o libre determinación al interior de los Estado no busca su división, sino que formar un espacio común de convivencia, respetuoso de sus identidades, pero a la vez capaz de reunirlos, permitiendo un diálogo intercultural entre iguales que fundamente la legitimidad de los poderes. (Aparicio, 2009: 21). La libre determinación es una forma de organización política, dentro de un pacto de unidad política del Estado y regulada por dicho Estado para que los pueblos en su interior puedan ser representados y tengan participación suficiente como para evitar su asimilación o extinción como cultura o forma de vida (Reynolds, 1996).

Para Erica-Irene Daes, el derecho a la autodeterminación es el derecho de un pueblo a elegir su estatus político, a influir en el orden político bajo el cual vive y a preservar su identidad cultural, étnica, histórica o territorial (Daes 1993: 4-5).

Desde la perspectiva del derecho internacional, la autodeterminación tiene un sentido eminentemente procedimental, y puede ser descrita como una doctrina para la legitimidad de las instituciones que sostiene un proceso en el que las naciones y los pueblos, mediante su libre albedrío, logran,

mantienen y mejoran su autorrealización, mediante la organización y práctica de esas instituciones. Para Kingsbury, “la autodeterminación debe entenderse, no simplemente en términos de resultado final, sino en términos de proceso y de legitimación política; el compromiso inicial con el proceso y la legitimidad de los valores asociados con la autodeterminación pueden dar como resultado un producto diferente en cada caso" (1992: 383).

La libre determinación se consolida como un derecho humano en los pactos gemelos de derechos humanos de 1966. El artículo 1.1 común a ambos pactos indica que todos los pueblos tienen el derecho a la autodeterminación, en virtud de la cual establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Este derecho no queda circunscrito a las naciones con Estado y a los pueblos colonizados, sino que se extiende a los pueblos indígenas, tal y como lo reconocen la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU y la OEA. La libre determinación significa que todos los seres humanos, organizados como pueblos, tienen el derecho a controlar su propio destino, y a vivir bajo un marco institucional de gobierno que esté diseñado para este propósito (Anaya 2009: 187).

El derecho internacional diferencia la libre determinación en su manifestaciones internas y externas. Esta distinción fue realizada por la Corte suprema de Canadá, en el caso in Re Secession of Quebec (1998), y en la Recomendación XXI sobre Secesión del Comité de Eliminación de Discriminación Racial. La distinción se refiere a las capacidades que caen dentro de la soberanía y fronteras de un Estado (interna) y las que operan fuera de él (externa). En el caso particular de los pueblos indígenas, su ejercicio de la autodeterminación está limitado, de acuerdo con el artículo 46.1 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, que señala que no se entenderá ese derecho en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes. Esto se traduce en el principio de integridad territorial de los estados, destinado a garantizar que los estados resultantes de procesos de independencia o descolonización no sean desmembrados (Badia 2008: 99).

Para los Pueblos Indígenas, la libre determinación es el fundamento de todos sus derechos colectivos.

4. Autonomía:

La principal realización de la libre-determinación es la autonomía. La autonomía indígena conforma instancias de autoridad para la toma de decisiones que están integradas y gobernadas por indígenas.

El art. 4º de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas señala a la autonomía como auto-gobierno sobre materias internas a ellos y asuntos locales. Así también alcanza a los medios de financiar las funciones autonómicas.

La autonomía, en general, significa que se confieren por el poder central facultades legalmente fundadas a una comunidad étnica o cultural para ejercer funciones públicas, independientemente de otras fuentes de autoridad estatal, pero sujetas a un orden jurídico y a las autoridades estatales comunes.

En virtud de esos poderes, los Pueblos Indígenas pueden pactar con el Estado del que forman parte las condiciones que permiten su sobrevivencia y desarrollo como tales (Villoro, 2017: 183).

Las autonomías reclamadas por indígenas son principalmente territoriales, debido a su vínculo espiritual y co-pertenencia con sus territorios y ecosistemas o espacios bioculturales. La autonomía territorial consiste en la construcción, mediante un sistema legal, de una autoridad de una unidad política dentro de un Estado sobre un territorio para auto-administrarse y autogobernarse. Esta es la autonomía que siempre se ha aspirado por los Pueblos Indígenas, y en particular en Chile, debido a que fue modelo que históricamente se desarrolló en el Wallmapu, desde el Parlamento de Quilín (1641) y hasta la Anexión de la Araucanía (1881-3).

Sin embargo, también existen las autonomías funcionales, que no están vinculadas a un territorio. A través de ellas, se garantizan de derechos a miembros de un grupo, sin considerar el territorio donde habitan. Este modelo también se ha aplicado a los Pueblos Indígenas, como en el caso de los Parlamentos Sami en los países escandinavos o el Consejo Maorí en Nueva Zelanda.

Ambos modelos no son excluyentes.

La autonomía territorial requiere de la construcción de poder local comunitario, mediante la transferencia de facultades desde el gobierno central. Las facultades que se transfieren son aquellas que sirven al fin de la autonomía, cual es, en el caso de los Pueblos Indígenas, el de garantizar el mantenimiento de su identidad y desarrollo en el marco de un Estado plural (Villoro, 2017: 192).

En ese sentido, Díaz Polanco ha insistido en que los regímenes autonómicos no fomentan ni el separatismo, ni la disolución de la unidad del Estado (Díaz

Polanco, 2009: 49). Más bien, se sustituye la unidad autoritaria mediante la subordinación de una comunidad por otra producida por un vínculo que se basa en una equidad intercultural, mediante la distribución de poderes dentro del Estado.

Por otro lado, una autonomía requiere del establecimiento y funcionamiento de autoridades indígenas propias: regulación, dirección y representación y de mecanismos de articulación, consulta y decisión entre ellas.

Esos poderes detentan una competencia territorial, que se refiere al ámbito de decisión de las autoridades autónomas. Las entidades indígenas ejercen, dentro de sus competencias, funciones y atribuciones públicas, desarrollando un control del territorio autonómico.

La autonomía funciona siempre como un proceso de ida y vuelta. Se requiere, por un lado, delegación de competencias por el Estado – delegación que puede ser gradual pero que siempre es negociada entre el Estado y los Pueblos Indígenas - y, por el otro, se quiere incidir, a través de las autoridades autonómicas, incidir en las decisiones políticas a nivel central (Munting, 2008: 109). Recíprocamente, el Estado puede realizar mejor sus objetivos de bienestar, facilitando que unidades más cercanas a los ciudadanos resuelvan sus problemas, a la vez que monitoreando y evaluando como se desempeñan las atribuciones públicas delegadas.

Para los Pueblos Indígenas, la autonomía consiste en una capacidad para llevar adelante su propio proyecto de desarrollo. Para ello, requiere de poderes para desarrollar acciones enfocadas a la búsqueda de alternativas para las principales necesidades comunitarias de sus Pueblos (salud, educación, desarrollo productivo, entre otras). Una de las necesidades más importantes es la reivindicación de la pertenencia e identidad cultural, la cual, a su vez, le permite a un autogobierno tener un mayor peso político y justificar la exigencia de sus derechos. La autonomía indígena busca recuperar y resignificar lo propio de su cultura, mediante el fortalecimiento de su lengua, sus formas de organización, pensamiento, sus espacios y formas de educación, sus saberes y prácticas.

El modelo propuesto en este proyecto consiste en un modelo de autonomía que se negocia entre el Estado y los Pueblos Indígenas, y que requiere, en primer lugar, un marco legal general para hacer posible la negociación, y luego, la consagración también legal de los acuerdos o estatutos autonómicos.

En particular, la proyección de la autonomía hacia la creación de una jurisdicción especial indígena requiere de un marco legal que establezca los mecanismos de coordinación entre el derecho propio indígena y el derecho

estatal, incluyendo la relación entre justicia indígena y los tribunales superiores de justicia. Así también, ello requiere que la ley instale una actividad promotora el Estado para apoyar la recuperación del derecho indígena, su difusión y enseñanza.

El Estado debe reconocer el derecho propio indígena, en cuanto el derecho propio es crucial para la determinación y mantención de la identidad propia de cada pueblo, para la construcción de sus autoridades y formas de gobernanza, y para la regulación del ejercicio de sus derechos colectivos. Para ello debe permitir e impulsar el surgimiento de un sistema de justicia indígena tanto en materia civil y penal, impartido por autoridades propias indígenas, dentro de competencias establecidas por la ley, pero siempre bajo el marco común de la supremacía de los derechos humanos y fundamentales, y la supra-ordenación de los tribunales superiores de justicia y la posibilidad del control de constitucionalidad de las decisiones de la justicia indígena.

5. Derechos a la Tierra y al Territorio

Las tierras, territorios y recursos naturales a los cuales los pueblos indígenas están culturalmente vinculados no constituyen simples objetos o bienes para los Pueblos Indígenas. El vínculo de los Pueblos Indígenas con ellos es espiritual y único, de índole cultural, producido y mantenido por la memoria colectiva, con conciencia de su derecho de acceso o pertenencia, de conformidad con sus propias reglas consuetudinarias, culturales y espirituales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009: 33).

Ellos son consubstanciales a la propia identidad de los pueblos indígenas como pueblos. Los territorios de los pueblos indígenas se consideran la "madre" de la cual surgen los pueblos indígenas, en su propia espiritualidad (Charters, 2018: 397).

Un rasgo común a los Pueblos Indígenas, que también es propio del Pueblo Mapuche, Rapa Nui, pueblos andinos y pueblos australes del país, es que la tierra – en sus diversos tipos de espacio - es la fuente de la vida, un don de la creación que sustenta todas las formas de vida, que las desarrolla y que las regula y enseña. Este significado de la tierra, Ñuke Mapu o Pacha Mama, está en el corazón de las culturas indígenas y es el origen a su identidad como naciones. La tierra es la fuente de su historicidad como pueblos, pues forja el vínculo con su pasado, en tanto hogar de sus ancestros, con el presente en tanto como proveedora para su reproducción material y cultural,

y con el futuro como legado para las futuras generaciones. Por ello, la pertenencia cultural indígena es coextensiva con la pertenencia a la tierra.

La tierra, para los Pueblos Indígenas, no puede dominarse como un objeto o instrumento, y menos si no se la utiliza, cuida, preserva o habita. De esa manera, nunca podrá considerarse como un mero recurso económico. La relación espiritual implica para las sociedades indígenas una co-pertenencia con la tierra, y la razón de ser de sus formas de vida, de sus instituciones y sus normas de vida. La identidad, la cosmovisión, la espiritualidad, el saber y el derecho propio indígenas se entrelazan con la tierra, y por ello ésta es esencial en su equilibrio social.

El intercambio de los Pueblos Indígenas con la tierra, ha generado para ellos una profunda comprensión de sus conexiones con ella, mediante el conocimiento y la gestión sustentable de su entorno. Esta ha sido el sustrato de su reproducción material e integridad cultural. De esa manera, con la privación de la tierra, los territorios y los recursos, se priva a los Pueblos Indígenas de su propia existencia e identidad. A menudo, esto también pone en peligro los ecosistemas que los indígenas habitaban.

Por ello los pueblos indígenas, y al pueblo mapuche en particular, tienen derecho a no fomentar el capitalismo que nunca fue practicado en su economía, pero sí el funcionamiento del mercado, como queda demostrado después del Parlamento de Quilín del año 1641, acordado entre los dirigentes del pueblo Mapuche y el Reino de España. Ello, generó, el tener fronteras estables y reconocidas y una autonomía en sus decisiones, una floreciente economía social y ecológica (en conceptos actuales) de mercado que abarcaba desde el Pacífico y hasta el Atlántico, llegando hasta Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia y España.

Este mercado no era sólo de intercambio, sino también de reciprocidad y hoy día puede ser de igual naturaleza, e incluso de redistribución al interior de los Pueblos Indígenas, si éstos así lo acordaran.

Lo anterior es la principal base de justificación del artículo 26º de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, en cuyo texto nos basamos para este proyecto.

Otras razones relevantes del derecho a las tierras de los Pueblos Indígenas consisten en que el control de sus tierras, territorios y recursos son esenciales para el ejercicio de la autodeterminación y la salud continua de sus comunidades (Charters, 2018: 396). Las tierras “permiten a los Pueblos Indígenas desarrollarse económica, social y culturalmente, especialmente a la luz de la pobreza relativa de los pueblos indígenas y las amenazas históricas y continuas a sus culturas. Las tierras, los territorios y los recursos

también se consideraron necesarios para la práctica de otros derechos, especialmente la autodeterminación, incluso para proporcionar un espacio para que los pueblos indígenas ejerzan su jurisdicción sin interferencia del Estado" (Ibíd.: 397).

Por otra parte, el reconocimiento explícito de los derechos sobre las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o usado los Pueblos Indígenas era necesario debido a la larga historia de despojo ilegal o injusto de sus tierras (Ibíd.). La pérdida de las tierras comunitarias ha sido en la historia de nuestro país uno de los principales elementos de la desposesión de los derechos de los Pueblos Indígenas y fuentes de graves conflictos, de manera que la reparación de dichas injusticias pasa siempre por reparar la pérdida de tierras.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que:

> "los estrechos vínculos de los pueblos indígenas con la tierra deben ser reconocidos y entendidos como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual, que deben disfrutar plenamente ... para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras." (Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni v. Nicaragua, CIDH, serie C Nro 79 de 2001: 149).

Las consecuencias de la garantía de la vinculación espiritual con la tierra son las siguientes:

i) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009) ha indicado que la propiedad comunal de las tierras indígenas es una forma de propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos; los territorios de los pueblos indígenas y tribales les pertenecen por su uso u ocupación ancestral. Se fundamenta asimismo en las culturas jurídicas indígenas, y en sus sistemas ancestrales de propiedad, con independencia del reconocimiento estatal. El origen de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se encuentra también, en el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra.

   Según la Comisión, para la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales

existen aún sin actos estatales que los precisen, o sin un título formal de propiedad, puesto que la titulación no consiste en el otorgamiento de nuevos derechos, sino en procesos de otorgamiento de prueba para que las comunidades pudiesen acreditar su dominio anterior.

ii) En cualquier caso, los Pueblos Indígenas tienen derecho a ser reconocidos jurídicamente como los dueños de sus territorios, a obtener un título jurídico formal de propiedad de sus tierras, y a que los títulos sean debidamente registrados (CIDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 137).

iii) Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento jurídico de sus formas y modalidades diversas y específicas de control, propiedad, uso y goce de sus territorios, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo. Las modalidades propias de relación con el territorio ancestral generan, a su turno, sistemas consuetudinarios de tenencia de la tierra que deben ser reconocidos y protegidos por los estados.

iv) Para la Comisión, los Estados están obligados al otorgamiento gratuito de tierras en extensión y calidad suficiente para la conservación y desarrollo de sus formas de vida de los Pueblos Indígenas (CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capitulo IX, parr. 50, Recomendación 1).

v) Los Pueblos Indígenas también tienen el derecho a la certeza jurídica de la propiedad territorial requiere que existan mecanismos especiales, rápidos y eficaces para solucionar los conflictos jurídicos existentes sobre el dominio de las tierras indígenas (CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párr. 66 – Recomendación 4). Lo anterior también implica la delimitación y demarcación de las tierras pertenecientes a los pueblos indígenas (CIDH, Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 115).

vi) Los Pueblos Indígenas tienen derecho a la posesión, al uso, a la ocupación y a la habitación de sus territorios ancestrales (CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 131).

vii) Las tierras indígenas son indivisibles, inembargables, inalienables, imprescriptibles.

viii) Para la jurisprudencia internacional e interamericana de derechos humanos, “los pueblos indígenas o tribales que pierdan la posesión total o parcial de sus territorios, mantienen sus derechos de propiedad sobre tales territorios, y tienen un derecho preferente a recuperarlos, incluso cuando se encuentren en manos de terceras personas” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009: 56; CERD, Recomendación General XXIII, párr. 5.). Son los estados los que están obligados a proveer los mecanismos para hacer posibles soluciones definitivas a las reclamaciones sobre las tierras indígenas.

ix) En la misma jurisprudencia interamericana se reconoce que “el derecho a la restitución de los territorios tradicionales no es un derecho absoluto, y encuentra un límite en aquellos casos excepcionales en los que existan razones objetivas y justificadas que hagan imposible al Estado restaurar los derechos territoriales de los pueblos indígenas o tribales y las comunidades que les constituyen. Esos pueblos y comunidades tienen derecho, no obstante, a la reparación” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009: 60).

El Estado es el que debe, mediante sus mecanismos legales, ofrecer las posibilidades específicas de recuperación de las tierras indígenas, tanto para su restitución como para la reparación de su pérdida, cuando la restitución no es posible.

Los territorios indígenas, conforme al art- 13º del Convenio Nº 169 de la OIT consisten en la totalidad del hábitat de las regiones que los Pueblos Indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera. Este hábitat no se limita a la ocupación material, sino a la extensión espacial donde hay vínculos o conexiones determinados por las culturas de los Pueblos Indígenas. En este sentido, los territorios son espacios bioculturales que superan las tierras actual o tradicionalmente ocupadas por los Pueblos Indígenas.

La libre determinación implica que los Pueblos Indígenas tienen derechos que trascienden la propiedad de las tierras tradicionales respecto a los espacios territoriales. Sobre ellos se proyectan los derechos de autonomía o autogobierno, incluyendo el ámbito del derecho propio y los derechos de participación en la gestión del entorno ambiental y la biodiversidad. Así también, surgen derechos territoriales especiales para los Pueblos Indígenas, relativos al acceso, uso y goce de los recursos naturales presentes en ellos, incluyendo el uso de las aguas.

Los derechos territoriales sobre los recursos implican para los Pueblos Indígenas (Charters, 2018: 421):

(a) ser consultados sobre el impacto en el uso y disfrute de tales recursos;

(b) tener la oportunidad de usar preferentemente, beneficiarse del uso o explotación de los recursos;

(c) cuando corresponda, recibir una compensación justa y razonable por cualquier impacto adverso en su uso y disfrute que surjan del uso o explotación de recursos.

Estos derechos sobre los territorios, tanto relativos al uso de los recursos, como al control y regulación del uso de espacios territoriales, mas allá del dominio comunitario, implica un sistema de convivencia con los derechos de terceros no indígenas que existen en el mismo territorio.

Desde luego, los derechos territoriales no privan de existencia a otros derechos, pero establecen límites a la extensión y orientación del ejercicio de los derechos de terceros en esos territorios. Por ejemplo, los proyectos de inversión en esos territorios deben someterse a una consulta indígena, y buscar formas de asociatividad que construyan regímenes de compartición en los beneficios de dichos proyectos de inversión, tal y como lo señala el art. 8º j) del Convenio de Diversidad Biológica. Estas limitaciones y regulaciones sobre derechos de terceros no pueden concebirse como una imposición unilateral sino como el resultado de diálogos entre los Pueblos Indígenas y los representantes de los intereses que concurren en un territorio, estatales y privados, que produce un ordenamiento compartido de dichos territorios, y no sólo en su dimensión económica, sino también política, cultural, social y ambiental.

Los derechos indígenas al territorio, tanto a los recursos naturales como al medio ambiente sano e íntegro, implican no la segregación de un territorio, o el cierre de dicho territorio a habitantes e intereses no-indígenas, sino la construcción compartida y regulada de un sistema de gobernanza para los territorios en el cual los indígenas participen por derecho propio y disfruten de usos preferentes. Este sistema debe ser estructurado por mecanismos legales que hagan posible los derechos de todos.

Referencias:

- Anaya, S. James (2009), The Right of Indigenous Peoples to Self-determination in the Post-Declaration Era". In: Charters, Claire & Stavenhagen, Rodolfo (Eds.), Making the Declaration Work. Copenhagen: IWGIA- Publication.
- Aparicio Wilhelmi, Marco (2009), La Libre Determinación y la Autonomía de los Pueblos Indígenas, el Caso de México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLII, Nro. 124, 13-38.

- Badia, Anna M. (2008), Planteamientos Actuales jurídico-politicos en torno al derecho a la autodeterminación de los pueblos. In: Casañas, Joan (Ed.)., La Autodeterminación de los Pueblos. Barcelona: Icaria.
- Bonilla, Daniel (2006), La Constitucion Multicultural. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Borrows, John (2016), Freedom and Indigenous Constitutionalism. Toronto: University of Toronto Press.

- Caminal I Badia, Miquel (2017), Democracia i Plurinationalitat. Articles I Assaigs (1987-2013). Barcelona: RBA.

- Charters, Claire (2018), Indigenous Peoples' Rights to Lands, Territories, and Resources in the UNDRIP. In: Hohmann, Jessie; Weller, Marc (Eds.), The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary (Oxford Commentaries on International Law). Oxford: Oxford University Press.

- Cederman, Lars-Erik; Skrede Gleditsch, Kristian; Wucherpfennig, Julian (2017), Predicting the decline of ethnic civil war: Was Gurr right and for the right reasons? Journal of Peace Research, Vol. 54(2), 262–274.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009), Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009.

- Daes, Erica-Irene A. (1993), Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination. Transnational Law & Contemporary Problems,Vol. 3, Nro 1, 1-11.
- Díaz Polanco, Héctor (2006), Caracoles: La autonomía regional zapatista El Cotidiano, Vol. 21, Nro 137, 44-51.
- Díaz Polanco, Héctor (2009), La Diversidad Cultural y la Autonomía en México. México: Nostra Ediciones.
- EZLN (1996), Declaración política: autonomía, principio político y social básico". Ojarasca, México: Coordinación del Foro y Delegados del Comité Clandestino Revolucionario Indígena (CCRI)-EZLN, agosto-noviembre de 1996).
- Gobierno de Chile (2017), Sistematización del proceso participativo constituyente indígena. Santiago: MIDESO.
- Gurr, Ted Robert (2000), Ethnic Warfare on the Wane. Foreign Affairs 79 (May/June), 52–64.
- Huenchumilla, Francisco (2017), Plurinacionalidad, el Nuevo Pacto. Santiago: Pehuén.
- Honneth, Axel (1998), Entre Aristóteles y Kant. Esbozo de una moral del reconocimiento. Logos. Anales del Seminario de Metafísica, Vol. 32, 17-37.
- IGWIA (2012), Los Derechos del Pueblo Rapa Nui en Isla de Pascua, Informe de Misión Internacional de Observadores a Rapa Nui 2011. Informe N° 15. Copenhagen & Santiago: IGWIA.
- Kingsbury, Benedict (1992), Self-determination and "Indigenous Peoples". American Society of International Law and Procedure, Vol. 86, 383-397.

- Kymlicka, Will; Cohen-Almangor, Rafael (2000), Democracy and Multiculturalism. In: Cohen-Almagor, R. (Ed.)., Challenges to Democracy: Essays in Honour and Memory of Isaiah Berlin. London: Ashgate.
- Lightfoot, Sheryl (2016), Global Indigenous Politics, A Subtle Revolution. New York: Routledge.
- MacGarry, John; O'Leary, Brendan; Simeon, Richard (2008), Integration or accommodation? The enduring debate in conflict regulation In: Choudhry, Sujit (Ed.), Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation? Oxford: Oxford University Press.
- Mora Torres, Diana (2003), Bases Conceptuales de la Jurisdicción Especial Indígena. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Fac. de Ciencias Jurídicas.
- Munting, Monique (2008), Radiografía de las Autonomáis Multiculturales en América Latina. In: Gabriel, Leo; López y Rivas, Gilberto (Coords.)., El Universo Autonómico, Propuesta para una Nueva Democracia. México: Universidad Autonóma Metropolitana & Plaza & Valdés.
- Morse, Bradford (2008), Regaining Recognition of Inherent Right of Aboriginal Governance. In: Belanger, Yale (Ed.), Aboriginal Self-Government in Canada, Current Trends and Issues. Saskatoon: Purich.
- Orduz, Natalia (Coord.) (2011), Tejiendo Derechos: La Reparación a los Pueblos Indígenas. Bogotá: DEJUSTICIA & ONIC.
- Panagos, Dimitrios (2016), Uncertain Accommodation: Aboriginal Identity and Group Rights in the Supreme Court of Canada. Vancouver: UBC Press.

- Paine, Thomas (1791), Rights of Man. 1948 edition. New York: Citadel Press.
- Pevar, Stephen L. (2012), The Rights of Indians and Tribes. Oxford: Oxford University Press.
- Pinto, Jorge (2002), Colonización, resistencia y mestizaje en las Américas (siglos XVI-XX). In: Boccara, Guillaume (Ed.), Colonización, resistencia y mestizaje en las Américas (siglos XVI-XX). Quito: Abyayala.
- Reynolds, Henry (1996), Aboriginal Sovereignty: reflections on race, state and nation. Sydney: Allen & Unwin.
- Resina De La Fuente, Jorge (2012), La Plurinacionalidad en Disputa: El Pulso entre Correa y la CONAIE. Quito: Abyayala.
- Roldán Xopa, José (2017), Comentario al artículo 2. In: Cossio, José (Coord.), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, Vol. 1. México: Tirant lo Blanch.
- Semper, Frank (2006), Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, 761-778.
- Seymour, Michel (2017). A Liberal Theory of Collective Rights. Montreal: McGill-Queen's University Press.
- Souza Santos, Boaventura (2007), La Reinvención del Estado y el Estado Plurinacional. OSAL Nº 22, 25-46.
- Speed, Shannon (2011), Ejercer los derechos/reconfigurar la resistencia en las Juntas de Buen Gobierno zapatistas. In: Baronnet, Bruno et al. (Eds.), Luchas "muy otras", Zapatismo y autonomía en las comunidades indígenas de Chiapas. México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Téllez, Eduardo et al. (2011), El Tratado de Tapihue entre Ciertos Linajes Mapuches y el Gobierno de Chile [1825]. Cuadernos de Historia, Nro 35, 169-190.
- Tierney, Stephen (2004), Constitutional Law and National Pluralism. Oxford: Oxford University Press.
- Toledo, Víctor y otros (1999), Pueblos Mapuche y Sustentabilidad Democrática. In: Programa Chile Sustentable (Ed.), Por un Chile Sustentable. Propuesta Ciudadana para el Cambio. Santiago: LOM Editores.
- Toledo, Víctor (2001), En Segura y Perpetua Propiedad. Notas sobre el debate jurídico sobre derechos de propiedad indígena en Chile, Siglo XIX. Actas 4° Congreso Chileno de Antropología, Colegio de Antropológos de Chile, Santiago, 129-136.
- Velasco Cruz, Saúl (2003), La autonomía indígena en México. Una revisión del debate de las propuestas para su aplicación práctica. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, Vol. XLVI, Nro. 189, 71-103.
- Villoro, Luis (2017), Ensayos sobre Indigenismo, Del Indigenismo a la Autonomía de los Pueblos Indígenas. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Webber, Jeremy (2017), Contending Sovereignties. In: Oliver, Peter et al. (Eds.), The Oxford Handbook of the Canadian Constitution. Oxford: Oxford University Press.

Por los anteriores fundamentos, vengo en presentar el siguiente:

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

1. Al Artículo 4º de la Constitución Política de la República para agregar después de la oración que termina en la palabra “democrática”, el siguiente texto:

“El Estado de Chile es plurilingüe y plurinacional, en virtud de la existencia de los Pueblos Indígenas que habitaban su territorio, anterior a la formación del Estado o de la determinación de sus fronteras actuales, y que, cualquiera que sea su situación, conservan todo o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.
El país reconoce y valora el aporte que los Pueblos Indígenas han hecho a la vida común y comparte sus valores de reciprocidad, honestidad, complementariedad, equilibrio con la naturaleza y en la vida social, cooperación, respeto por los bienes comunes, cuidado de la diversidad de la vida, respeto y desarrollo de la autonomía colectiva como componentes esenciales del Bien Común.
El Estado reconocerá las deudas históricas con los Pueblos Indígenas producto del colonialismo, de la forma en que se produjo su incorporación al país, de su asimilación cultural, procurando eliminar y reparar todas las formas de racismo y discriminación contra ellos, garantizando su igual goce de los derechos humanos comunes, así como de los derechos indígenas individuales y colectivos. El Estado respetará las diversas identidades culturales indígenas, a la vez que protegerá sus territorios, instituciones propias e impulsará su plena inclusión en la vida social, económica, cultural y política del país, promoviendo relaciones de interculturalidad equitativa entre estos pueblos, todas las instituciones estatales y la sociedad en su conjunto.
Las lenguas indígenas serán idiomas oficiales del Estado de Chile. Los emblemas y símbolos de los Pueblos Indígenas serán protegidos por la ley.”

2. Al Artículo 5º de la Constitución Política de la República para reemplazar el inciso primero por el siguiente nuevo inciso primero

“La soberanía reside en la Nación chilena y en los diversos Pueblos Indígenas que habitan el país. Su ejercicio se realiza por los ciudadanos a través de las elecciones periódicas 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.”

3. Para agregar el siguiente artículo 19º BIS a la Constitución Política de la República:

“Art. 19º BIS.- A los Pueblos Indígenas se les reconoce y garantiza los siguientes derechos fundamentales:

1. A la libre determinación para resolver los asuntos de su vida colectiva, determinar su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Este derecho se reconoce y protege dentro del marco jurídico y político común del país que establece esta Constitución.

2. A la autonomía colectiva en cuestiones internas a ellos para determinar sus miembros y formas de pertenencia; decidir sus formas internas de gobierno, convivencia, organización y formas de vida social, económica, política y cultural; y en materia de salud y educación; mantener, desarrollar o cambiar sus propias instituciones; establecer y seleccionar sus autoridades o representantes; construir y modificar sistemas normativos propios; determinar sus propios intereses, prioridades y estrategias de desarrollo e implementarlas dentro del marco constitucional y legal, tomar decisiones vinculantes para sus miembros en aquellas materias que establezca la ley; así como desenvolver libremente sus culturas, identidades y todos los elementos que las integren, en relación a los territorios a las que han estado tradicionalmente vinculadas.

   La ley determinará los procedimientos por los cuales el Estado acordará con cada uno de los Pueblos Indígenas que lo componen, estatutos donde se establezcan las características de las autonomías, autoridades, funciones, atribuciones y mecanismos de decisión, respetando siempre el derecho de cada pueblo a determinar la forma específica de relación con el Estado del que forma parte. Dicha ley determinará las formas de constitución de las autonomías; las formas de transferencia de atribuciones; el alcance máximo de ellas, incluyendo formas territoriales, en espacios vinculados tradicionalmente a las culturas indígenas, así como formas no territoriales o funcionales de autonomía; los límites a su ejercicio; y mecanismos por los cuales el Estado proporcionará los medios para financiar las funciones autonómicas.

Los respectivos acuerdos con los Pueblos Indígenas deberán ser aprobados por el Estado, en conformidad con la ley.

Las entidades autonómicas que se organicen tendrán personalidad jurídica de derecho público y quedarán sujetas a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella, y, en cuanto reciban recursos públicos, caerán bajo el control de la Contraloría General de la República y otras instancias de control o auditoría que establezcan la Constitución y las leyes.

3. A la participación, mediante sus representantes y de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones, en los órganos e instituciones del Estado que determine esta Constitución y la ley, así como en la definición de las políticas públicas que les conciernan, en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes, programas y políticas estatales.

   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.

4. A la consulta previa e informada de todas las medidas administrativas o legislativas del Estado susceptibles de afectarles directamente en sus derechos, identidad, valores e intereses, debiendo desarrollarse de buena fe, buscando el consentimiento libre, a través de sus propias autoridades y de conformidad a sus propias normas, procedimientos y tradiciones. El deber de consulta indígena recaerá en todos los organismos del Estado que dicten medidas administrativas y legislativas, incluyendo al Poder Ejecutivo, el Congreso Nacional, las Municipalidades y entidades públicas autónomas.

5. A crear, determinar, modificar y aplicar su derecho propio, en forma consuetudinaria o por decisiones de sus autoridades legítimas respectivas. Los valores, principios y reglas del derecho indígena se aplicarán respetando los derechos humanos y fundamentales reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales, firmados y ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, especialmente de las mujeres, niños y niñas indígenas, así como el orden público, las necesidades de la salud pública y la seguridad del Estado.

   Una ley establecerá una jurisdicción indígena, en materia civil y penal, determinará sus alcances y los límites de competencia, las formas de reconocimiento de las entidades que la ejercerán, los principios comunes de sus procedimientos, así como su relación con los tribunales ordinarios de justicia y con los principios y reglas del derecho estatal, quedando siempre

sometida a la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia y al control de la justicia constitucional.

El Estado chileno, atendiendo a sus posibilidades de aplicación actual, reconocerá, observará y aplicará los tratados, acuerdos y otros arreglos concertados por él, y sus antecesores, con las Pueblos Indígenas en conformidad con su verdadero espíritu y de buena fe.

6. A su propia identidad e integridad cultural, en virtud de lo cual, se respetarán y promoverán sus formas de vida, tradiciones, cosmovisiones, valores y creencias, sistemas de pensamiento, espiritualidad, costumbres, prácticas culturales, y diversas formas de expresión.

   La ley protegerá el patrimonio cultural de los Pueblos Indígenas, material e inmaterial, y a su propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales, así como a sus cultores y prácticas, incluyendo los sistemas de medicina indígena.

   El legislador también deberá determinará las formas en que el Estado promoverá la constitución de medios de comunicación propios de los Pueblos Indígenas, así como también el acceso de éstos a los demás medios de comunicación.

7. A usar sus propias lenguas y a que éstas sean preservadas y difundidas. El Estado, en conjunto con los Pueblos Indígenas, adoptarán medidas eficaces para que las personas indígenas, en particular niños y niñas, puedan tener acceso a la educación en sus propias lenguas y culturas, así como para que las prácticas y contenidos de todo el sistema educativo estatal o financiado por el Estado se desarrollen de manera intercultural, impulsando el respeto por las diversas culturas indígenas. Los Pueblos Indígenas siempre podrán desarrollar y mantener sus propias instituciones y métodos educativos, y las personas indígenas podrán acceder libremente a ellos.

8. A las tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido. El Estado respetará debidamente las costumbres, las tradiciones en los sistemas de tenencia de la tierra de los Pueblos Indígenas. La ley protegerá las tierras indígenas y establecerá un sistema con diversos mecanismos que comprendan la restitución de las tierras, un plan de habitabilidad, un proyecto de desarrollo, una forma de organización jurídica para la gestión e instrumentos financieros específicos para la inversión. Y lo mismo, se hará cuando se trate de tierras de aptitud forestal plantadas con bosques artificiales.

En ambos casos, se podrán establecer mecanismos que establezcan la garantía del Estado.

9. Al acceso y uso de las aguas a que estén vinculadas sus tierras, o que sean necesarias para el ejercicio de sus derechos al territorio y derechos culturales, cualquiera sea el régimen de tenencia o administración en que ellas se encuentren.

10. A participar en el uso, usufructo, goce, administración y conservación de los recursos naturales de los territorios que actualmente habitan u ocupan, y de aquellos a los que estén tradicionalmente vinculadas sus identidades, y a la participación en los beneficios de la explotación de esos recursos, con pleno respeto de la constitución y las leyes, en especial de las reglas de protección ambiental. Esto incluirá a los recursos de los espacios marinos, lacustres y fluviales respecto de las comunidades ribereñas, así como a los recursos minerales del subsuelo.

11. A gozar de un medio ambiente sano e integro y a participar en su conservación, protección, restauración y gestión, así como de la diversidad biológica en los territorios que actualmente habitan u ocupan o a que estén tradicionalmente vinculados.

4. Para agregar el siguiente artículo 19º TER a la Constitución Política de la República:

“Artículo 19º TER.- Los derechos reconocidos y garantizados en el artículo anterior serán aplicados tomando en consideración la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos.
Ninguno de aquellos derechos podrá ejercerse o interpretarse en el sentido de amenazar total o parcialmente la unidad política, la integridad territorial del Estado o igual goce de los derechos humanos por sus miembros y por los demás ciudadanos. Asimismo, los derechos colectivos de los Pueblos indígenas no podrán entenderse nunca en el sentido de restringir los derechos humanos y fundamentales individuales de sus miembros.

La implementación de los derechos humanos fundamentales individuales de los indígenas, en especial los derechos sociales, económicos y culturales, deberá considerar las identidades y prácticas culturales propias de los Pueblos Indígenas. Las identidades culturales propias serán consideradas para garantizar la igualdad de género de las mujeres indígenas y determinar el interés superior de los niños y niñas indígenas.”

FRANCISCO HUENCHUMILLA JARAMILLO
SENADOR