

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

TESIS DOCTORAL:

**ACOMODACIÓN CONSTITUCIONAL E
INSTITUCIONAL DE LA DIVERSIDAD ETNONACIONAL
PARA CHILE.**

***EL CONFLICTO MAPUCHE Y EL MOMENTO
CONSTITUYENTE CHILENO.***

AUTOR: DANKO IGOR JACCARD RIQUELME

AÑO 2023

DIRECTOR: MANUEL AUGUSTO MARTIN DE LA VEGA.

DOCTORADO EN GOBERNANZA GLOBAL

Firmado por Augusto Martín de la Vega

***“Ours Will be truly diverse and inclusive community
only when recognize that the gifts of each enrich the lives of all”
(Rev. Jhon I. Jenkins. CSC)***

JULIO 2023

Agradecimientos y Dedicatoria.

Estas páginas resumen no solo un proceso de investigación académica iniciado en la Universidad de Salamanca hace un algo más de lustro, sino que también cierran una trayectoria de más de dos décadas de trabajo esforzado, apasionado y comprometido con los pueblos y comunidades indígenas de esta hermosa, pero a la vez caótica américa mestiza. En los momentos finales de este trabajo quiero hacer una pausa para agradecer, primero agradecer a Dios nuestro señor pues en él he encontrado la paz, refugio e inspiración necesaria para sortear los momentos más difíciles de este trabajo. Igualmente quiero agradecer a mi familia y especialmente a mis padres: Lucía y Guillermo por su comprensión y amor, y por haberme inculcado desde la infancia el valor del sacrificio, trabajo y humildad, y a mi mujer Constanza por su paciencia, cariño y apoyo. Quisiera aprovechar también para extender mi sincera gratitud a mis colegas y amigos de la Universidad de la Frontera, Universidad de los Andes, Universidad de Toronto y Universidad de Notre Dame quienes de una u otra forma me acompañaron en este largo pero gratificante camino. Finalmente, pero no por ello menos importante, quisiera agradecerme a mí por haber trabajado duro, día tras día, mes tras mes, sin nunca renunciar... A todos que estuvieron desde el comienzo: *¡gracias totales!*

Danko Jaccard

Temuco Julio de 2023.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	8
1.- Presentación.	12
2.- Ejes cardinales y conceptos claves: constitucionalismo, liberalismo, políticas del reconocimiento, ciudadanía diferenciada, grupos etnonacionales, acomodación de la diversidad y derechos colectivos.....	14
3.- Estructura del presente trabajo.	22
 CAPÍTULO I.	26
LA HISTORIA DE UN CONFLICTO.....	26
1.- La reemergencia de una cuestión antigua.	26
2.- El Pueblo Mapuche.	27
2.1- Organización socio política del pueblo mapuche.....	27
2.2.- Cifras censales y datos de contexto.....	30
2.3.- Caracterización socioeconómica indígena y mapuche.....	32
3.- La constitución de 1980: una mirada a su origen, características y vigencia.....	34
3.1.- La incomodidad constitucional.	34
3.2.- Génesis de la constitución de 1980.	36
3.3.- La dictación de la constitución de 1980: nacimiento y vigencia.....	41
3.4.- Dogmática constitucional: las características y vigencia de la constitución de 1980.	43
4.- La transición chilena a la democracia: las deudas pendientes, reformas atenuadas y el estallido social.....	59
4.1.- La transición chilena a la democracia. Reformas en la medida de lo posible.....	60
4.2.- Principales reformas a la carta constitucional chilena 1989-2005. De Patricio Aylwin a la constitución de Ricardo Lagos.	63
4.3.- Los gobiernos de la presidenta Michelle Bachelet. La reforma constitucional de 2007 y el proceso constitucional de 2016.	68
4.4.- El estallido de octubre de 2019, la Convención Constitucional de 2020 y la Comisión de Expertos de 2023.	71
5.- Conclusión del capítulo.....	74

CAPÍTULO II.....	76
DE LA ESPERANZA A LA MOVILIZACIÓN ÉTNICA MAPUCHE. LAS POLÍTICAS INDÍGENAS DE LA TRANSICIÓN.	76
1.- Introducción.	76
2.- Revisitando la historia. La transición, desde la esperanza a la decepción.	78
2.1.- Los orígenes de la “cuestión” mapuche”.....	79
2.2.- Ocupación definitiva del territorio indígena y radicación de los mapuches.	90
3.- El modelo de acomodación de los gobiernos democráticos. El Pacto de Nueva Imperial, desde la esperanza a la decepción.....	94
3.1.- Ley Indígena y Ley Lafquenche. Reconocimiento de derechos de baja intensidad.	96
3.2.- Las políticas del nuevo milenio: una estrategia dual.....	117
3.3.- El desencanto y la decepción.	119
4.- Reconstrucción de la identidad mapuche, movilización y politización de la etnicidad.....	126
4.1.- La rearticulación de la identidad indígena mapuche.....	126
4.2.- El esencialismo indígena y el etnonacionalismo.....	132
4.3.- La movilización étnica mapuche.....	136
4.4.- El etnonacionalismo y las identidades excluyentes.....	138
4.5.- El conflicto étnico en Chile. movilización social y violencia étnica.	154
5.- Conclusiones del capítulo.	156
 CAPÍTULO III.	159
LOS MODELOS DE ADMINISTRACIÓN DE LA DIFERENCIA.....	159
1.- Introducción.	159
2.- Modelos de aproximación a la diversidad.....	160
2.1.- Una aproximación desde la teoría general de los derechos humanos.	160
2.2.- Derecho, homogeneidad y diversidad.	163
3.- El constitucionalismo y la acomodación de las diferencias etnonacionales.	169
3.1.- Introducción.	169
3.2.- Constitución y constitucionalismo clásico: la constitución de la igualdad.	173
3.3.- La relectura de la igualdad. Igualdad como “no discriminación” e igualdad como “no sometimiento”.....	183
4.- Diversidad, identidad y reconocimiento.....	198
4.1. Identidad y cultura.	199
4.2.- La preexistencia y derechos de la multinacionalidad.....	204

4.3.- La justicia distributiva y los derechos colectivos: El victimismo no da derechos, ni es origen de deudas históricas.....	211
4.4.- Ciudadanía diferenciada y reconocimiento a derechos en función del grupo.....	214
4.5.- Derechos en función del grupo y derechos colectivos de acción afirmativa.	221
5.- Hacia un concepto de multiculturalismo y sus críticas.	225
5.1.- El multiculturalismo y la ciudadanía diferenciada.....	226
5.2. El multiculturalismo y sus críticas: el liberalismo de viejo cuño, el relativismo cultural y las teorías de descolonización.....	229
6.- Conclusión del capítulo.....	234
 CAPÍTULO IV.	 236
HACIA UN MODELO DE ACOMODACIÓN INSTITUCIONAL Y CONSTITUCIONAL DE LA DIVERSIDAD ETNONACIONAL.	236
1.- Introducción.	236
2.- Derechos colectivos y pueblos indígenas: sistemas de protección de los DDHH y recepción constitucional.....	237
2.1.- Derechos colectivos en los sistemas de protección internacional de los DDHH.	238
2.2.- Acomodación constitucional en Latinoamérica.	247
3.- Reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas: autodeterminación, participación, territorios y derechos poliétnicos.....	248
3.1.- Derecho a la autodeterminación y los pueblos indígenas.	249
3.2.- Derechos políticos, de representación y el derecho a la consulta indígena.....	272
3.3.- Derechos a la tierra, territorio y recursos naturales.....	285
3.4.- Derechos culturales o derechos poliétnicos: Un deber de justicia simbólica.....	297
4.- Modelos comparados de acomodación de la diversidad: dos casos emblemáticos.....	305
4.1.- Introducción y derecho comparado.	305
4.2.- La acomodación constitucional en Canadá: la real proclamación de 1763, hasta la Comisión de Verdad y Reconciliación de 2015.	307
4.3.- La constitución Colombiana de 1991. Un modelo de acomodación desde Latinoamérica.	326
5.- El camino chileno de acomodación de la diversidad. Iniciativas de reforma constitucional y una agenda de mínimos.	338
5.1.- Las propuestas de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato de 2003.	340
5.2.- El Proceso constituyente de la presidenta Michelle Bachelet: 2016-2018.....	343
5.3.- El momento constitucional chileno y la Convención Constitucional: 2019-2022.	346

6.- Conclusión del capítulo.....	353
 CAPÍTULO V.	356
BUSCANDO UNA RESPUESTA INSTITUCIONAL Y CONSTITUCIONAL PARA EL CONFLICTO MAPUCHE.	356
1.- Aspectos generales.	356
2.- Consensos políticos y negociación constitucional: nudos, brechas, disenso constitucional y normas apócrifas.	358
3.- Un modelo de acomodación constitucional para Chile.	361
3.1.- Reconocimiento constitucional de derechos colectivos de los pueblos indígenas.	363
3.2.- Procedimientos institucionales. La determinación constitucional de una descentralización asimétrica: un Estado unitario y descentralizado.	378
3.3.- Otras medidas. Medidas de coordinación institucional y de políticas públicas indígenas, descentralización y profesionalización del estado.	385
3.4.- Las RIGs y el Tribunal Constitucional y conflictos de competencias e interpretación constitucional.	392
4.- Conclusiones del capítulo.	393
 CONCLUSIONES.....	395
 ANEXO: MAPAS Y FOTOGRAFÍAS.	408
IMÁGEN 1: Representación de la Batalla del Maule. Felipe Huamán Poma de Ayala.	409
IMÁGEN 2: Territorio Ancestral del Pueblo Mapuche.	410
IMÁGEN 4: El Estallido Social y el Nacimiento de un Momento Constituyente.	412
BIBLIOGRAFÍA.	413
SIGLAS	443

INTRODUCCIÓN.

La diversidad étnica y cultural, plantea un sin número de desafíos para el constitucionalismo moderno. La multidimensionalidad de estos desafíos abarcan desde el cuestionamiento a la idea de comunidad política, la distribución del poder político, el principio de neutralidad del Estado, la relectura de la igualdad como un valor formal, la vigencia de derechos fundamentales, y hasta eventuales temores secesionistas que irían aparejados al reconocimiento de derechos colectivos a grupos etnonacionales. En las sociedades actuales caracterizadas por su amplia heterogeneidad, las políticas de ciudadanía diferenciada y reconocimiento de derechos colectivos en función del grupo han ido ganando terreno como un mecanismo institucional de respuesta a demandas y reivindicaciones de aquellos grupos o minorías que, sin dicho reconocimiento, correrían el riesgo de desaparecer.

¹

En Chile la diversidad étnica se expresa de diversas maneras a lo largo y ancho de este país. Por una parte, esta tiene sus fuentes en el creciente flujo migratorio que presiona diariamente las fronteras nacionales con cientos de personas ingresando en busca de mejores horizontes de vida.² Mientras, por otro lado, se expresa en la presencia de importantes minorías etnonacionales o “*pueblos indígenas*” cuya existencia proviene desde tiempos precoloniales, siendo anteriores a la conformación del Estado nacional chileno.³ En efecto, durante la república la relación entre el estado y los indígenas ha estado marcada por la implementación de políticas de integración y asimilación que buscaban disolver la identidad indígena en el marco de la sociedad nacional.

¹ Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía Multicultural*. Paidós Barcelona. p. 303.

² Según cifras oficiales recientes el número de migrantes en Chile bordea los 2 millones de personas. Que equivale al 12% de la población nacional. González, D. (2022). ¿Viven hoy en Chile más de dos millones de inmigrantes?. *Factchecking*. <https://www.pauta.cl/factchecking/perro-de-caza/viven-hoy-en-chile-mas-de-dos-millones-de-inmigrantes-cifras-migracion#:~:text=De%20acuerdo%20con%20la%20informaci%C3%B3n,la%20poblaci%C3%B3n%20total%20del%20pa%C3%ADs>

³ Según veremos en el Capítulo I, la cifra de población indígena es de 1,8 millones de personas. correspondiendo mayoritariamente a población perteneciente al pueblo mapuche.

Este paradigma homogeneizador inspiró los textos constitucionales chilenos y americanos hasta finales del siglo XX. Solo recién hacia el ocaso del siglo pasado estas políticas dan paso a una valoración de la diferencia y al reconocimiento de derechos colectivos en función de la pertenencia étnica en los modelos normativos y constitucionales latinoamericanos. El reconocimiento a los pueblos indígenas en la carta fundamental chilena constituye una discusión de larga data a nivel nacional, arrastrándose desde la dictación de la constitución de 1980, pero es durante el retorno democrático cuando irrumpe en la agenda política transformándose en una de las grandes deudas pendientes de la transición chilena. La invisibilización constitucional de los pueblos indígenas mantiene a Chile a la zaga de las legislaciones de nuestros vecinos. Como lo sostienen los profesores Claudio Fuentes y Maite de Cea:

“Una de las mayores transformaciones en América Latina es el reconocimiento formal de los pueblos originarios en las Constituciones nacionales. En poco más de veinte años, prácticamente todos los países de América Latina adoptaron sus cartas magnas de diferentes modos a la existencia de diversidad cultural y/o a los pueblos originarios.”⁴

En este sentido, la constitución política de la república de Chile de 1980, nacida durante la dictadura militar, ha sido ampliamente reformada desde 1990 no obstante lo cual su texto sigue generando una profunda incomodidad en importantes sectores de la sociedad nacional. Las críticas a la carta de 1980 se deben a múltiples razones, algunas vinculadas a su nacimiento ilegítimo, a la ausencia de derechos sociales, pero otras radican en la invisibilización constitucional de los pueblos o naciones indígenas.⁵ En efecto, la constitución de 1980 a diferencia de los textos latinoamericanos no reconoce la existencia de los pueblos indígenas en sus disposiciones. La demanda indígena por reconocimiento de su identidad y derechos asociados excede el plano normativo-constitucional, abarcando

⁴ De Cea, M. Fuentes, C. (2016). *La consulta indígena Colombia, Perú, Chile*. Ril Editores.

⁵ Hasta ahora, el reconocimiento a la preexistencia indígena como asimismo sus derechos específicos se encuentran únicamente consagrados en normas de rango inferior como son la Ley Indígena 19.253 de 1993 —en adelante Ley Indígena— y el Convenio Internacional N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT de 1989 —en adelante el Convenio o C169.

dimensiones históricas y simbólicas que la convierten en un imperativo de justicia con aquellos grupos etnonacionales históricamente excluidos y discriminados.⁶

Con todo, la sola mención a derechos diferenciados en función de la pertenencia etnonacional desata agrias pasiones, resistencias y temores en el seno de la sociedad chilena. Ello ha sido evidente durante la transición democrática pero ha resurgido con particular intensidad en el marco del proceso constituyente vivido por Chile desde la crisis de octubre de 2019 hasta el día de hoy. La intensidad y alcance de este debate se ha transformado en un área de disputa en la redefinición de reglas para la comunidad política chilena. Sin embargo, a pesar de estos temores, es posible evidenciar importantes grados de consenso político sobre su necesidad considerándose no sólo como una cuestión de justicia y sino una potente señal simbólica hacia los indígenas que contribuirá a su incorporación efectiva en la esfera pública nacional.⁷

La evidencia comparada da cuenta que el reconocimiento de derechos en función del grupo en la carta política constituye un camino de apertura para canalizar gradualmente por vía institucional las tensiones interétnicas dentro del estado pues permite a partir de la definición de reglas y consensos esenciales regir la coexistencia social por reglas legitimadas democráticamente. Esta reflexión adquiere especial relevancia en momentos en que Chile debate sus reglas políticas en el marco de un proceso constitucional iniciado luego del estallido social de 2019, la agencia del pueblo —siguiendo a Bruce Ackerman— tan propia de los momentos constituyentes tarde o temprano se traducirá en la redefinición de las reglas fundamentales de Chile. El desafío para la comunidad política nacional estriba en la determinación de la intensidad de derechos a reconocer en el texto constitucional y la participación de los pueblos indígenas en su definición.⁸ La ausencia de un reconocimiento constitucional de derechos colectivos ha estimulado un escenario de movilización étnica indígena —y mapuche en particular— incidiendo con ello en la profundización de los grados

⁶ Peña, Carlos. (2016). *¿Qué significa tratar con justicia a los pueblos indígenas?* En: De Cea, Maite. *La Consulta Indígena Colombia, Perú, Chile*. RIL Editores-UDP. 2016.

⁷ Kymlicka, W. (2007). *Multicultural Odysseys*. *Ethnopolitics*, Vol. 6 N°4, 585 – 597.

⁸ Esta instancia constituyente, nacida de la crisis de octubre de 2019, ha puesto en el centro del debate conceptos como plurinacionalidad, derechos colectivos, autonomía, derechos territoriales, multiculturalismo etc.

de violencia étnica y política que en la actualidad presenciamos especialmente en la zona centro sur del país.⁹ dando lugar a un fenómeno denominado “*politización de la etnicidad*”.¹⁰ En este sentido, Olzak define este fenómeno como el proceso por el cual un grupo etnonacional se organiza en torno a ciertas características de identidad étnica —lengua, cultura, religión— para perseguir fines colectivos.

Estos factores han estimulado un complejo escenario de movilización política extrainstitucional, donde se muestran grados crecientes de violencia cruzada, esto es, tanto indígena y como estatal. Este escenario hace necesaria la búsqueda de un mecanismo de “*acomodación*” institucional y constitucional que administre democráticamente las tensiones étnicas en nuestro país,¹¹ evitando su desborde hacia caminos extra institucionales., territorio histórico del pueblo mapuche.¹²

Frente a estos retos potencialmente divisivos el derecho constitucional y el constitucionalismo tienen la obligación de articular una respuesta institucional que permita canalizar los potenciales riesgos que la diversidad étnica y cultural entraña. En ese sentido, la constitución tiene por propósito dar forma al poder, institucionalizarlo para convertirlo en legítimo a los ojos de sus destinatarios.¹³ Así entonces fluye la relevancia de implementar mecanismos constitucionales de “*acomodación institucional*” de la diferencia como una forma estable y moralmente defendible de administrar las tensiones dentro de un Estado e incorporar a estos grupos marginados en el corazón de la esfera pública nacional.¹⁴

⁹ Sobre la ancestralidad, historia, territorio y las características del pueblo mapuche volveremos en el capítulo I..

¹⁰ Olzak, S. (1983). *Contemporary ethnic mobilization*. Annual review of sociology, 9(1), 355-374.

¹¹ Utilizaremos el concepto de acomodación profusamente en este trabajo y será definido en los siguientes párrafos, por ahora entendemos que con su uso se busca referir a un modelo de procesamiento democrático de las diferencias y tensiones mediante reglas constitucionales e institucionales.

¹² Bengoa, J. (2002). *Historia de un conflicto. El Estado y los mapuches en el siglo XX*. Santiago: Planeta.

¹³ Morales, Á. (2013). La constitución como “forma del poder”. Sobre el pensamiento constitucional del profesor Rubio Llorente. *Revista Española de Derecho Constitucional*. no. 99: 431–46. <http://www.jstor.org/stable/24886377>

¹⁴ Desarrollaremos este concepto a lo largo de este trabajo, por lo que no serán definidos en esta oportunidad.

1.- Presentación.

Es necesario relevar que el propósito de esta investigación es explorar cómo el reconocimiento institucional de los derechos colectivos de los grupos etnonacionales permite canalizar democrática e institucionalmente las tensiones desincentivando su expresión extrainstitucional y disminuyendo los grados de conflicto en el interior de la sociedad nacional. Para ello se emplea un enfoque interdisciplinario que combina el análisis jurídico particularmente constitucional y comparado que junto con otros campos del conocimiento, como la filosofía política, la sociología y la teoría del derecho permitirán fundamentar y contextualizar el fenómeno y la propuesta de acomodación con que se concluye.

El eje central de esta investigación plantea que el reconocimiento institucional de derechos colectivos en función del grupo, junto a medidas de democratización del poder político y coordinación institucional dentro del Estado permite la articulación de un mecanismo adecuado para administrar y acomodar institucionalmente las tensiones interétnicas en el marco de la sociedad chilena. En efecto, la incorporación gradual de derechos colectivos —derechos políticos, territorios y culturas— en el marco constitucional chileno, acompañada de grados de descentralización del poder desde el nivel central permitirá dar una respuesta institucional al denominado “*conflicto mapuche*” administrando democráticamente las tensiones históricas entre el Estado de Chile y el pueblo mapuche.¹⁵ En la misma línea, se argumenta que la diversidad y su reconocimiento van más allá del ámbito meramente normativo y constitucional, abarcando también dimensiones políticas, de equidad y simbólicas. En este contexto, el reconocimiento es un deber de justicia hacia aquellos grupos históricamente excluidos.

¹⁵ A pesar de que más adelante en este trabajo se conceptualiza la noción de “conflicto mapuche”, provisionalmente es posible entenderlo como la colección de luchas entre comunidades Mapuche, organizaciones y sus adversarios específicos para perseguir el reconocimiento de sus derechos contra el Estado y la sociedad chilena. El conflicto está compuesto por varias luchas locales y globales, que incluyen: la devolución de sus tierras ancestrales de empresas forestales y terratenientes privados; la lucha contra los megaproyectos, que están afectando al territorio Mapuche; la demanda de aplicación del Convenio 169 de la OIT, el reconocimiento de la educación intercultural y el reconocimiento de una representación política especial. Toda esta dimensión constituye la parte más visible del conflicto Mapuche. Terwindt, C. (2009). *The Demands of the “True” Mapuche: Ethnic Political Mobilization in the Mapuche Movement. Nationalism and Ethnic Politics*. 15:2, 237-257, DOI: 10.1080/13537110902921321

Para alcanzar este propósito, es crucial abordar de manera secuencial las siguientes dimensiones. En primer lugar, se realizará un análisis exhaustivo de la relación jurídica y política entre el Estado chileno y los pueblos indígenas, centrándonos especialmente en el pueblo mapuche. En este sentido, se examinará la relación histórica entre los indígenas, en particular los mapuches, y el Estado, así como el surgimiento y fortalecimiento de la identidad étnica y la respuesta institucional a través del modelo de acomodación institucional implementado por los gobiernos democráticos chilenos a partir de 1990.

En segundo lugar, se abordará una descripción de modelos comparados de administración de tensiones etnonacionales, donde será analizado el sustento teórico que los respalda, el grado de reconocimiento de derechos colectivos y los mecanismos de distribución del poder político dentro del Estado.

Por último, se intentará articular un modelo de acomodación constitucional e institucional que permita canalizar de manera eficiente la movilización política indígena a través de reglas democráticamente establecidas. Esta propuesta tiene como objetivo lograr una gestión institucional adecuada y efectiva de las demandas indígenas en el marco de la comunidad nacional.

Sin perjuicio que este trabajo está pensado en el marco de la tensión étnica en el centro sur de Chile, en particular en las regiones de La Araucanía y La Patagonia chilena, y centrado para la relación estado – pueblo mapuche, sin embargo, la amplitud de los conceptos que se trabajarán permitirá considerarla como un marco o modelo de relación para la diversidad etnonacional. Con todo, es necesario relevar que cada uno de los pueblos o naciones indígenas reconocidos por la legislación nacional cuenta con una cultura, cosmovisión y relación histórica particular con el estado.¹⁶ Estas historias colectivas no coinciden necesariamente con la relación del pueblo mapuche y el Estado chileno, pero sin

¹⁶ En el presente trabajo usaremos el concepto de pueblos indígenas por sobre naciones indígenas. Aun cuando no existe una diferencia sustantiva entre ambos conceptos, por lo que, en ocasiones recurriremos a ambos alternadamente. Preferimos el de Pueblos Indígenas, por dos razones: primero los pueblos y no las naciones son sujetos de derechos en el derecho internacional y segundo, aunque es totalmente válido su uso, la idea de nación indígena proviene de una tradición ajena a la cultura latinoamericana, y tiene su origen más bien en la tradición anglosajona, particularmente en Canadá donde constitucionalmente se utiliza el concepto de “primeras naciones” o “naciones indígenas” para referirse a los indígenas, sin perjuicio de ello, el lector percibirá en la medida que avance en la lectura de este trabajo que en muchas ocasiones recurriremos a ambos conceptos como categorías intercambiables.

duda ellas comparten trayectorias comunes de exclusión, discriminación y asimilación. Dichas variables deben tenerse en consideración si se quiere pensar en este trabajo como un modelo referencial. De ahí que esta pretensión es más acotada pero no por ello menos compleja, pues intenta abordar exclusivamente la relación Estado y pueblo mapuche.¹⁷

Es importante señalar que la propuesta de articulación del modelo de “*acomodación*” de la diversidad etnonacional que se desarrollará tiene su anclaje doctrinario en la teoría liberal comunitaria, corriente que fluye para nutrir la teoría del reconocimiento y sienta las bases del multiculturalismo de tradición anglosajona. A partir de estas construcciones teóricas se trazarán los conceptos cardinales que buscarán responder a las tensiones etnonacionales mediante una propuesta de reforma institucional y constitucional para Chile.

2.- Ejes cardinales y conceptos claves: constitucionalismo, liberalismo, políticas del reconocimiento, ciudadanía diferenciada, grupos etnonacionales, acomodación de la diversidad y derechos colectivos.

El presente trabajo se desarrolla a partir de tres ejes cardinales, primero el derecho constitucional y constitucionalismo, luego la teoría del reconocimiento, las políticas de la identidad y justicia distributiva y tercero el multiculturalismo como mecanismo de acomodación de las diferencias. En efecto, este trabajo se ancla desde el derecho constitucional pues analiza las implicancias que la diversidad tiene para la definición de las reglas fundantes de la comunidad política. Como se ha señalado el reconocimiento a la existencia de grupos étnicos y grupos etnonacionales dentro de un Estado que se concibe como homogéneo desafía el estándar, clasificación y categorías predominantes en los marcos analíticos del constitucionalismo, especialmente el liberal. La consagración de derechos colectivos en función del grupo implica la obligación del estado de adoptar medidas a favor

¹⁷ Si bien este trabajo está pensado para el conflicto étnico entre el Estado de Chile y el pueblo mapuche durante el transcurso de este trabajo utilizaremos la expresión pueblos indígenas y pueblo mapuche como categoría lável, toda vez que los mapuches son el pueblo indígena más numeroso de Chile, alcanzando a un 89% de la población indígena nacional y segundo porque los elementos propuestos pueden extrapolarse a la realidad de los otros pueblos indígenas de Chile y que están reconocidos por nuestra legislación.

de aquellos grupos históricamente excluidos e invisibilizados son claves para estructurar un modelo de acomodación institucional eficaz de la diferencia.¹⁸

En efecto, la constitución entendida como el conjunto de normas que definen las reglas de convivencia de la comunidad política requiere entre otras cosas el establecimiento de mecanismos que canalicen institucionalmente los disensos propios de toda sociedad democrática. En palabras de Rubio Llorente, es en las reglas fundamentales y su definición donde los individuos encuentran los límites y garantías frente al poder político, en efecto plantea que la constitución debe convertirse en un instrumento que domestique - o de forma- el poder del estado:

*“Para transformarla en una herramienta hábil frente al hecho azorante y terrible de su ejercicio [del poder]. Dicho de otra manera, es en la constitución donde los hombres disponen de un mecanismo para convertir al poder en una categoría verdaderamente humana, racional y sujeta a límites.”*¹⁹

En efecto es en la constitución donde se establecen los bordes del poder, es el artefacto que lo institucionaliza y convierte su ejercicio en uno legítimo a los ojos de sus destinatarios.²⁰ De ahí la relevancia que su definición sea un espacio de encuentro, donde se exprese el pluralismo, la diversidad y las diferencias sean canalizadas a fin de garantizar el acceso de todos al disfrute, ejercicio de los derechos reconocidos para todos los sectores de la sociedad.²¹ Sin embargo en esta noción subyace una tensión entre dos formas de entender el principio de la igualdad, piedra angular del constitucionalismo. El reconocimiento a derechos colectivos en función de la pertenencia étnica implica la aceptación de un principio de igualdad en un sentido material o sustantivo y no formal. El reconocimiento a la

¹⁸ Entenderemos por constitucionalismo el esfuerzo por racionalizar el ejercicio del poder político sometiéndose a la ley, pretensión que equivale a transformar la fuerza, la coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas. O, con más precisión: llegar a un punto en que quienes gobiernan sólo pueden actuar cuando la ley los autoriza, de la manera, con los efectos y para los fines en ella previstos, dado el supuesto de que también los gobernados únicamente pueden obrar dentro de la ley. Cea Egaña, J. L. (1992). Sobre el nuevo gobierno regional chileno. *Revista De Derecho*, 3(1-2), 7–12. <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/3181>

¹⁹ Morales, Á. (2013). Op. Cit.

²⁰ En palabras del profesor Francisco Rubio Llorente. En: Morales, A. (2013). Op Cit.

²¹ Morales, Á. (2013). Op. Cit.

diversidad etnonacional excede la igualdad en sentido clásico entendida como no “discriminación” para leerla como “no sometimiento.”²² En efecto las formas de ciudadanía diferenciada constituyen una interpelación directa a la neutralidad estatal planteando un tránsito desde el constitucionalismo de la “igualdad” hacia otro de “la diferencia.”²³ Este tránsito se cristaliza en la idea de “acomodación institucional” como mecanismo de administración de las tensiones interétnicas, así dicho concepto se entenderá como:

*“La capacidad del Estado de contener y administrar conflictos y tensiones intergrupales que coexisten en un mismo territorio estatal dentro de los mecanismos y procedimientos establecidos democráticamente a partir de acuerdos institucionales representativos. Es decir, la administración de las diferencias mediante la distribución del poder político en normas fundamentales ”*²⁴

El reconocimiento de derechos en función del grupo, como la ciudadanía diferenciada, constituyen conceptos esenciales a partir del cual se articula este trabajo, tienen su anclaje en teorías de raigambre liberal. En efecto es desde el liberalismo comunitarista desde donde fluyen las ideas centrales de la política del reconocimiento que da origen a la teoría del multiculturalismo. En efecto, este modelo busca no solo la valoración del otro como otro legítimo, sino también la libertad, la igualdad sustantiva, la democratización y redistribución del poder político. En palabras de Charles Taylor, la política del reconocimiento busca corregir las desventajas sufridas por un grupo, en este caso los indígenas, mediante la incorporación de derechos diferenciados en la carta fundamental para de esta forma encontrar su espacio en aquellos lugares donde se articula el sentido de comunidad política. El reconocimiento y la valoración de la identidad, como también de los derechos asociados a ella, se enlazan y justifican a partir de una relectura del principio de la igualdad y desde las teorías de la justicia distributiva que justifican la adopción de respuestas y acciones positivas a favor grupos sistemática e históricamente excluidos que se encuentran

²² Saba, R. (2007) “(Des)igualdad estructural”, en Alegre, M. y R. Gargarella (2007), El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario, Edit. Lexis Nexis Argentina, S. A. y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Buenos Aires.

²³ Volveremos sobre estas categorías en el capítulo III.

²⁴ Tierney, S. (2005). *Constitutional Law and National Pluralism*. Oxford Scholarship.

en condiciones menos favorecidas en relación al resto de la sociedad en la cual se encuentran inmersos, sin que ello necesariamente entrañe un quiebre al principio igualitario.²⁵ Reconocimiento, derecho, identidad y cultura adquieren, entonces, un significado entrecruzado. La identidad define la pertenencia y adscripción de un individuo a un colectivo diferenciado. Desde esta pertenencia los individuos se definen en diálogo con otros, y determinan sus acciones a partir de un horizonte de significantes comunes, interconectados y compartidos entre los miembros, estos significantes determinan lo que se denomina cultura social. Como sostiene Alasdair MacIntyre sobre la trascendencia de los lazos societales para el individuo:

*“No es posible entender las acciones de las personas sin referencias o intenciones y motivaciones dentro de una historia y de un contexto. Así la vida humana constituye una unidad narrativa. Por ello, para hacer inteligible una acción humana tenemos que verla como parte de una historia que configura la vida del agente. Pero también formando parte de la situación en la que se lleva a cabo. Sólo podemos identificar la inteligibilidad de una acción humana, considerando la parte de una secuencia narrativa...”*²⁶

El profesor MacIntyre, agrega que el hombre por esencia es un contador de historias que aspiran a la verdad. El individuo puede contestar la pregunta que haré, sin responder una interrogante anterior, cual es: ¿de qué historias soy parte?. En esta articulación la existencia personal solo se explica dentro del contexto colectivo, solo en el grupo el individuo puede distinguir entre opciones mejores y peores para vivir una vida buena, de ahí la importancia del reconocimiento. En efecto, las políticas del reconocimiento apuntan tanto valoración del otro como otro legítimo, la aceptación de la diferencia y el entendimiento donde las opciones y decisiones de cada cual adopte sólo pueden explicarse y validarse en relación a las opciones significativas para el grupo. Dicho lo anterior, parece indispensable consignar que el valor del reconocimiento se sustenta y fundamenta en una convicción sobre el valor de la

²⁵ Kymlicka. W. (2007). *Multicultural Odysseys*. Ethnopolitics, Vol. 6 N°4, 585 – 597.

²⁶ MacIntyre, A. (2013). *After Virtue: A Study in Moral Theory Bloomsbury Revelations*. Bloomsbury Usa Academic.

diversidad y el respeto a la dignidad de la persona humana. En la creencia de valores universales compartidos por los seres humanos, basados en la fuerte convicción:

*“Que hombres y mujeres en el continuo de nuestra vida podemos juzgar nuestros actos y los de los demás en conformidad a la idea que estas valen para todo ser racional”.*²⁷

Como bien señala el filósofo chileno Carlos Peña²⁸ Las demandas indígenas — y particularmente la del pueblo mapuche— pueden ser vistas en múltiples dimensiones: histórica, política y amnésica. Pero el centro de ellas se encuentra la idea nuclear de la justicia entendida —en términos rawlsianos— como un ideal donde existe una distribución equitativa de los derechos y de los deberes sociales como también una distribución equitativa de los frutos obtenidos a partir de la cooperación societal. Esta distribución busca garantizar el acceso de todos los miembros de una sociedad a los bienes mínimos básicos necesarios para su subsistencia digna y donde la desigualdad sólo es justificable en la medida que el trato desigual vaya en beneficio de quienes se encuentran en posiciones menos aventajadas de la sociedad.²⁹

En este orden de ideas, la demanda de reconocimiento por los indígenas debe decodificarse como una demanda por justicia. Esta demanda de justicia se manifiesta en tres dimensiones: Primero una *“justicia histórica”*, esto es buscan visibilizar sus trayectorias vitales, tradiciones y culturas como otros legítimos. Del mismo modo sus reivindicaciones buscan una respuesta de *“justicia amnésica”*, es decir, sacar los recuerdos colectivos guardados dolorosamente en los armarios de la historia para purgarlos, dialogarlos colectivamente y entender que hay otras memorias, otros dolores de respecto de los cuales la sociedad debe hacerse cargo para construir un futuro común, y finalmente estas reivindicaciones tienen una aspiración de *“justicia política”*, es decir el reconocimiento de derechos colectivos específicos —autodeterminación, tierras, territorios, participación— como una manera de dotar al grupo de poder efectivo en la toma de decisiones democráticas, permitiendo instalarlos en el centro del poder político del cual se han encontrado

²⁷ Peña G., C. (1998). *¿Por qué necesitamos a Kant?*. Estudios Públicos, (69).

²⁸ De Cea, M. Fuentes, C. (2016). *La consulta indígena Colombia, Perú, Chile*. Ril Editores

²⁹ Rawls, J. (1972). *Theory of justice*. Belknap Press of Harvard University.

sistemáticamente excluidos desde el nacimiento de las repúblicas.³⁰ En consecuencia, un modelo de acomodación institucional de la diversidad debe satisfacer la noción de justicia en los tres niveles, política, mediante derechos, simbólica mediante el reconocimiento de las heridas del pasado y tercero histórico, mediante políticas correctivas.

Las políticas del reconocimiento buscan entonces incorporar a los pueblos indígenas como actores relevantes en la esfera pública de la cual se han encontrado sistemáticamente excluidos.³¹ Esto significa una efectiva participación en el debate público y en la democracia entendida no sólo un mecanismo procesal de resolución de conflictos sino como el espacio de diálogo donde las diferencias se procesan y aceptan a partir del respeto a la dignidad esencial del individuo, de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana cuyo valor estriba en la generación de las máximas condiciones para la adquisición de los bienes humanos que constituyen el *telos* del hombre.³²

Este sustrato teórico se expresa en el multiculturalismo. El multiculturalismo se entiende como una política nacida desde el Estado orientada a acomodar las diferencias étnicas y culturales mediante el reconocimiento de derechos colectivos de distinta intensidad a fin de permitir la coexistencia democrática de grupos étnicos y grupos etnonacionales—o minorías subnacionales—. ³³ En igual sentido y a modo de complemento, se seguirá al profesor Will Kymlicka para clarificar la diferencia entre “*grupos etnonacionales*” o “*minorías subnacionales*” como entidades preexistentes al Estado y que no pueden confundirse con “*grupos étnicos*” o “*etnias*” pues estos últimos tienen su origen en los flujos migratorios. En efecto mientras los primeros – grupos etnonacionales- se caracterizan

³⁰ Op. Cit. Peña, C. (1998).

³¹ Siguiendo a Habermas entenderemos por esfera pública como: “aquellos espacios de espontaneidad social libres tanto de las interferencias estatales como de las regulaciones del mercado y de los poderosos medios de comunicación. En estos espacios de discusión y deliberación se hace uso público de la razón, convirtiéndose en un espacio de libre expresión, participación y deliberación; de ahí surge la opinión pública en su fase informal, así como las organizaciones cívicas y, en general, todo aquello que desde fuera cuestiona, evalúa críticamente e influye en la política. En términos normativos, la publicidad puede entenderse como aquel espacio de encuentro entre sujetos libres e iguales que argumentan y razonan en un proceso discursivo abierto dirigido al mutuo entendimiento”. Habermas, J. (1962). Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública. Barcelona: Gustavo Gil.328.

³² MacIntyre, A. (2013). *After Virtue: A Study in Moral Theory Bloomsbury Revelations*. Bloomsbury USA, Academic.

³³ Kymlicka, Will. (1996). Op. Cit.

por su preexistencia al Estado, territorialidad y cultura societal propia, como son los pueblos indígenas. Las etnias, por su parte, se caracterizan por tratarse de:

*“Grupos de personas provenientes de flujos migratorios y que comparten una cultura común, pero deciden de maneras más o menos voluntarias buscar su destino en un país diferente al de origen.”*³⁴

Si bien la migración es una fuente de la creciente heterogeneidad de las sociedades, esta no puede ser considerada como un equivalente en la forma, origen y trato jurídico — esto es de derechos reconocidos— que el Estado reconoce a los grupos etnonacionales.³⁵ La presencia de los grupos o minorías etnonacionales dentro del territorio del Estado se debe a que estos grupos humanos han sido incorporados de formas no voluntarias siendo por definición anteriores al mismo. Es decir se trata de grupos preexistentes al estado en cuyos territorios se encontraban antes de la conformación de la comunidad política o incluso previos al arribo de los conquistadores coloniales. Quebec en Canadá y Puerto Rico en Estados Unidos son un ejemplo de la primera categoría, mientras los pueblos o naciones indígenas son de la segunda. Es necesario hacer presente que estas categorías se encuentran definidas tanto en los ordenamientos nacionales como en el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la definición más aceptada de pueblos indígenas corresponde a la elaborada por el comisionado de Naciones Unidas don José Martínez Cobo quien en su informe de 1986 caracterizó a los pueblos indígenas como:

“[Aquellos grupos] que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales, y su identidad étnica

³⁴ Kymlicka, W. (2007). *Multicultural Odysseys. Ethnopolitics*, Vol. 6 N°4, 585 – 597.

³⁵ Ibidem.

*como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”*³⁶

Como se evidencia el concepto de grupo etnonacional está estrechamente conectado con la noción de nación, pueblo y cultura. Entre los primeros, es decir entre pueblo y nación existe una imbricación estrecha e incluso pueden ser usados alternadamente. El pueblo es una nación mayoritariamente consciente, siendo adicionalmente una realidad sociopolítica y no necesariamente jurídica. Sin embargo, en este trabajo cuando se hace referencia a los de indígenas y por tratarse de un concepto que lleva aparejado el reconocimiento de derechos colectivos se preferirá mayoritariamente el uso del concepto pueblo sobre nación. Con todo, en aquellos estados donde hay más de uno de estos grupos etnonacionales deja de ser un Estado-nación para convertirse en un estado multinacional. Por su parte, el concepto de “grupo étnico” o “etnia”, cuya caracterización principal da cuenta de grupos humanos que no poseen el sentido de la territorialidad —al menos en el Estado que los alberga— o cuyos vínculos históricos y culturales son débiles o no manifiestan la convicción de su conciencia de pertenencia buscando incluso su incorporación a la sociedad mayor se reservara para hacer exclusiva alusión a la presencia de grupos culturalmente diferenciados, como son los migrantes, los colonos o el pueblo Romá.

El multiculturalismo formulado a partir de las teorías del reconocimiento, implica el establecimiento de derechos que exceden la protección de los derechos políticos y civiles individuales abarcando el reconocimiento de derechos colectivos políticos, territoriales, de representación democrática y derechos culturales a grupos o categorías de sujetos.³⁷ Esta clarificación no es una simple cuestión de nomenclaturas, tanto grupos etnonacionales como etnias difieren en naturaleza, densidad y derechos, por lo que reciben tratamientos jurídicos diferentes, siendo titulares de derechos de distinta naturaleza. Mientras a los primeros les corresponden los derechos provenientes de la multinacionalidad, e incorporan componentes políticos y de autogobierno, los segundos se les reconoce derechos poliétnicos o culturales, como se puede colegir ambos niveles de derechos tienen intensidades y densidades muy

³⁶ Vid. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1986/7 & Add. 1-4 (1986) (Martínez Cobo, relator especial). *Add.4, párrafo 379 (1986)*.

³⁷ Taylor, C. (1994). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Fondo de cultura económica.

distintas. Con todo, el multiculturalismo descansa en el supuesto que las políticas del reconocimiento y la acomodación étnica pueden ayudar a ampliar las dimensiones de la libertad, fortalecer el respeto a los Derechos Humanos y debilitar las jerarquías raciales y étnicas en los estados fortaleciendo la democracia.

Es necesario hacer presente que esta investigación no busca explorar otras construcciones teóricas que provienen de diferentes tradiciones. En especial aquellas enraizadas en la larga tradición latinoamericanista de raigambre cristiana, como el indigenismo, el neoindigenismo, ni las teorías de la interculturalidad que han sido largamente superadas en estos lados del continente. En igual sentido esta propuesta no busca contrastar concepciones provenientes de la teoría decolonial, corriente de orientación neo marxista de inspiración Gramsciana de gran popularidad en la academia latinoamericana a partir de los procesos constituyentes ecuatoriano y boliviano. Sus planteamientos centrales dan origen a lo que algunos han denominado “*constitucionalismo andino*” o en palabras de Bartolomé Clavero “*constitucionalismo mestizo*”.³⁸ Esta corriente tiene su origen a partir de la movilización indígena desde mediados de los noventa y fue recogida por sectores intelectuales llegando a permear los ámbitos académicos con sorprendente fuerza. En efecto el pensamiento decolonial cuenta con entusiastas partidarios provenientes de corrientes teóricas con sustratos teóricos de base esencialistas y del posmodernismo relativista. Sobre estos conceptos se volverá en los capítulos que siguen.

3.- Estructura del presente trabajo.

El presente trabajo se ha organizado en cinco capítulos además de una introducción y una conclusión. El capítulo primero presenta las consideraciones generales sobre la relación jurídica y política entre los pueblos indígenas y el Estado nacional, su contextualización, antecedentes históricos, sociales y normativos. En su parte final intenta realizar un análisis de la constitución de 1980 especialmente en cuanto a su origen, características y elementos cardinales, de igual manera aborda las principales reformas constitucionales implementadas desde inicios de la década de los noventa hasta la segunda década del presente siglo.

³⁸ Clavero, B. (2012). Pasado y presente del Constitucionalismo indígena por América y más acá. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*. 10. 543-559.

En el segundo capítulo, se releva la relación Estado — pueblos indígenas en Chile, centrándonos en los procesos de fortalecimiento de la identidad indígena y el nacimiento de un clivaje caracterizado por la politización de la etnicidad por particular énfasis en el pueblo mapuche. Asimismo, se abordará la aparición de discursos étnicos excluyentes y los peligros de la violencia étnica como mecanismo de herramienta política.

En el tercer capítulo, se analizarán las construcciones teórico-doctrinales que permiten un tránsito desde un constitucionalismo de la igualdad a uno de la diferencia. Para ello se explorará la idea de neutralidad estatal e igualdad en su sentido clásico, la teoría del reconocimiento y la noción de ciudadanía diferenciada, la relación entre identidad grupal, cultura y derechos en función del grupo, para concluir esta parte explorando una mirada sobre los derechos colectivos y su relación con los derechos individuales.

En el capítulo cuarto será abordada la identificación y alcance de derechos colectivos en función de la pertenencia al grupo. Siendo este concepto cardinal en la definición de un proceso de acomodación institucional. Estos se analizarán a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del constitucionalismo comparado — Canadá y Colombia—. Hacia el final se revisarán brevemente tres propuestas de reformas a la constitución chilena, la primera propuesta por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato convocada del año 2001 -CVHNT-.³⁹ La segunda en el año 2018 durante el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet y luego el texto sometido a plebiscito por la fallida Convención Constitucional en 2022.

En el capítulo cinco se buscará formular un modelo de acomodación de la diferencia apropiado para la relación Estado chileno y pueblo mapuche, en este modelo se articulan los contenidos específicos que permita la administración institucional de la diversidad que responda a los desafíos de la democracia chilena para el siglo XXI. Como corolario se presentarán conclusiones que refuerzan las ideas centrales y datos obtenidos a partir de los antecedentes estudiados cerrando con reflexiones finales del trabajo de investigación. Por

³⁹ La Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, según lo veremos más adelante, fue una instancia convocada por el presidente Ricardo Lagos y estuvo presidida por el ex presidente de la república Patricio Aylwin. Ella revisó la relación histórica entre los pueblos indígenas y el Estado de Chile. En su informe final concluye con una serie de propuestas de modificación institucional y legal con el objeto de iniciar una nueva relación entre los indígenas y el Estado. Volveremos más adelante en este trabajo.

último, es indispensable hacer presente que la realidad chilena actual es altamente líquida y volátil, pues esta investigación se escribe en medio de un proceso liminal entre dos órdenes constitucionales; uno que termina y otro que nace.⁴⁰

Finalmente, es necesario hacer presente que esta investigación se articula en torno a una larga trayectoria de investigación académica, laboral, vivencial y empírica proveniente de un largo testimonio y conocimiento del mundo indígena y mapuche. Si bien este trabajo es de carácter exploratorio, el desarrollo de este trabajo ha sido extenso, sistemático, laborioso y complejo.⁴¹ Toda vez que en él se resume una trayectoria de dos décadas de trabajo e investigación con pueblos y comunidades indígenas a lo largo del continente americano y un permanente esfuerzo por el respeto y vigencia de sus derechos básicos.

⁴⁰ Según se expondrá en este trabajo desde 2019 Chile se encuentra en un proceso de cambio constitucional que ha dado origen a dos instancias constituyentes, la primera la Convención Constitucional de 2020 que terminó en un rechazo ciudadano del proyecto propuesto a aprobación plebiscitaria en septiembre de 2022 y una segunda recientemente instalada que traduce en la creación de un Consejo Constitucional mixto compuesto por profesores de derecho constitucional y consejeros electos de cuyo trabajo nacerá una nueva propuesta de constitución que se propondrá a la ciudadanía para su ratificación plebiscitaria.

⁴¹ Para escribir esta visión general, se ha explorado una amplia gama de autores de diferentes disciplinas, desde las teorías de la etnicidad, sociología, ciencia política, filosofía política, derecho constitucional nacional y comparado y derecho internacional público. Todas estas ramas brindan una amplia visión sobre las distintas y complejas aristas de la teoría de la diversidad cultural, las políticas del reconocimiento como asimismo los desafíos para un constitucionalismo para el siglo XXI. En todo este proceso de investigación, han sido analizados innumerables recursos bibliográficos y documentales de distintas bibliotecas y sitios especializados. En el marco de este trabajo su autor ha transitado desde las aulas de la Universidad de Salamanca, bibliotecas de diversa naturaleza en la ciudad de Madrid, archivos históricos disponibles en La Región de La Araucanía, Chile, *Robarts Library* en La Universidad de Toronto Canadá, el Archivo General de La Nación Argentina en Buenos Aires, hasta *Hersbourg Library* en *Notre Dame University*, y *University of Buffalo* en EE. UU. Esto ha permitido la revisión de obras clásicas, y trabajos seminales sobre teorías del reconocimiento, derechos colectivos, historia, movimientos étnicos de diversas disciplinas de las ciencias sociales abarcando desde la antropología sociocultural hasta obras de derecho constitucional chileno, anglosajón y español.

CAPÍTULO I.

LA HISTORIA DE UN CONFLICTO.⁴²

1.- La reemergencia de una cuestión antigua.

En este primer capítulo se pretende establecer y delinear los límites del trabajo de investigación. En efecto, durante su desarrollo se aportarán datos de contexto, definiciones cardinales y antecedentes relevantes que permiten caracterizar la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. De esta forma se expondrán las bases de la cuestión constitucional chilena que subyace a la tensión entre el Estado y el pueblo mapuche. De igual manera, se buscará relevar la importancia de la Constitución como mecanismo institucional de administración – o no- de las tensiones étnicas dentro de la sociedad nacional. En igual sentido se abordará la persistente incomodidad constitucional de sectores mayoritarios de la sociedad chilena con el texto heredado de la dictadura militar. Para explicar dicha incomodidad se explorará en la génesis del texto de 1980, su dictación, contenidos y principales características. Para entender dicha articulación se explorará brevemente en la dogmática constitucional a fin de develar el ethos constitucional del texto actualmente vigente y la forma en que fue reformado durante la transición a la democracia destacando la deuda pendiente en relación al reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. Finalmente se analizarán los recientes intentos de reforma constitucional que buscaron la incorporación de derechos colectivos específicos en función del grupo en el marco de la última década concentrándose en el proceso constitucional de la presidenta Bachelet y el momento constitucional nacido en octubre de 2019 aún en desarrollo.

En efecto, la crisis política chilena de 2019 y su interpelación abierta a los poderes constituidos hizo escalar exponencialmente la intensidad del conflicto étnico.⁴³ La instalación de la convención constitucional y su fracasado proyecto elevó las expectativas de

⁴² Bengoa, J. (2002). *Historia de un conflicto. El Estado y los mapuches en el siglo XX*. Santiago: Planeta.

⁴³ Ibidem.

los pueblo indígenas quienes vieron nuevamente frustradas sus esperanzas luego del plebiscito que rechazara el proyecto presentado a ratificación en septiembre de 2022.⁴⁴

2.- El Pueblo Mapuche.

El pueblo mapuche es el pueblo indígena más numeroso a nivel nacional de los nueve reconocidos por la legislación chilena.⁴⁵ En términos demográficos los mapuche constituyen el grupo etnonacional indígena más relevante del cono sur de América distribuyendo entre los estados chileno y argentino. Hasta el siglo XIX el territorio ancestral mapuche se extendía desde el océano Atlántico hasta el océano Pacífico y desde la Patagonia norte chileno-argentina hasta las costas del estrecho de magallanes por el sur, su territorio alcanzaba hasta la provincia de Buenos Aires y la región del Maule por el lado chileno.

2.1- Organización socio política del pueblo mapuche.

Las teorías más aceptadas por la historiografía nacional y sostenidas entre ellas por el antropólogo Ricardo Latcham plantean que los mapuches – llamados *Araucanos* por los conquistadores castellanos y *Promaucaes* por los incas— habrían migrado desde el chaco central – actual Paraguay— hacia el sur durante los siglos XI-XII dc. Este grupo proto mapuche se habría establecido primero en las Pampas argentinas, para luego ingresar hacia la vertiente occidental de los Andes. El historiador chileno José Bengoa en la misma línea reiteró la tesis de Latcham sosteniendo:

“Uno o dos siglos antes de la invasión incaica, un pueblo guerrero se incrustó como cuña en la cultura que acabamos de reseñar - Chinha Diaguita- a altura del valle del Cautín, cortándola en dos porciones. La forma como dividió la población autóctona hace inverosímil la posibilidad de un arribo por el norte o por el sur. Por

⁴⁴ Como veremos la población mapuche tanto en Chile como en Argentina es mayoritariamente urbana y se concentra en las respectivas capitales nacionales, Buenos Aires y Santiago respectivamente, sin embargo un porcentaje significativo de la población mapuche se concentra en sus territorios ancestrales emplazados en el centro y sur chileno y argentino.

⁴⁵ Según el Censo chileno de 2017 la población mapuche asciende a los 1,6 millones de personas que se identificaban como pertenecientes al Pueblo Mapuche. Instituto Nacional de Estadísticas (2017). Entrega final censo 2017. <http://www.censo2017.cl/>.

otro lado, la persistencia de costumbres pampeanas y algunos nombres personales geográficos y apellidos o denominaciones totémicas, cómo Nahuel (tigre) Choique y Huanke (avestruz) nos inducen a pensar que los Araucanos residieron cierto tiempo en las pampas como cazadores nómades, construyeron toldos con cueros de Guanacos y atravesaron los Andes por los pasos bajos de la cordillera desembocaron en el valle del río Cautín”^{46 47}

En cuanto a sus características socio políticas, los mapuche no conformaban – ni conforman actualmente— una unidad política centralizada. Como gran parte de las sociedades precoloniales el poder político se encontraba disperso en parcialidades o tribus vinculadas a los espacios territoriales que habitaban. Si bien los mapuches, comparten una misma cultura, religión e idioma —*el mapudungun*⁴⁸— comparten un territorio común, al que denominan “*wallmapu*” o país mapuche, su característica central es la heterogeneidad tanto política, social, organizacional, y geográfica.

El pueblo- nación mapuche se diferencia entre sí, y de forma marcada, según los sectores geográficos que habitan. Así se podían – y aún pueden- distinguir los mapuches del norte o *Picunches* —gente de la tierra del norte—. Los mapuche de los valles centrales o *Nagche*, los de la zona precordillerana o *Wentche* –abajinos y arribanos— ambos emplazados en la zona norte de la Patagonia. En la zona cordillerana de los Andes se encuentran los *Pehuenche* o gente del Pehuén. Hacia el sur se encontraban los *Huilliches* quienes viven en la zona sur y sur austral hasta el archipiélago de las Guaitecas en los canales australes de Chile. Por su parte, en el lado oriental de los Andes establecidos en el corazón en la zona sur de las pampas argentinas y la Patagonia Argentina se encontraban *Puelches* y *Tehuelches*, Las diferencias entre todos estos subgrupos dentro del pueblo mapuche dice

⁴⁶ Bengoa, J. (2008) *En Historia del Pueblo Mapuche. Siglos XIX y XX*. Editorial LOM. 420. Pg 17.

⁴⁷ El valle del Cautín se encuentra en la Región de La Araucanía donde actualmente se encuentra emplazada la ciudad de Temuco capital de la Región. Temuco es una ciudad mediana, fundada como fuerte militar en 1881 en el marco de la guerra de ocupación del territorio mapuche. Hoy – según el censo de 2017- cuenta con más de 400 mil habitantes constituyendo una conurbación junto a las comunas de Padre Las Casas e Imperial.

⁴⁸ Mapudungun o lengua de la tierra, es actualmente hablado por un número cercano a las 250 mil personas tanto en Chile como Argentina, concentrándose en las provincias y regiones del centro sur de ambos países.

relación con la influencia ambiental y geográfica que cada uno de dichos grupos expresaba más que con diferencias culturales.⁴⁹

En cuanto a la organización política mapuche, esta fue variando en complejidad y evolución desde el siglo XV producto del contacto primero con el Inca y luego con los conquistadores peninsulares. Es posible sostener que los mapuche mantuvieron una organización de tipo confederal basada en los linajes, dicha organización no respondía a un liderazgo único sino en clanes y relaciones de parentesco. Sus autoridades políticas — caciques— eran más bien de carácter patrilineal y local, recibían la denominación de *Lonkos* y su grado de autoridad dependía de su linaje y riqueza pudiendo encontrarse subordinado a otros *Lonkos* de mayor autoridad en una relación de subordinación y vasallaje.

En tiempos de guerra o peligro externo los mapuche podrían centralizar temporalmente la autoridad y mando militar en un liderazgo común denominado “*Toqui*” quien asumió transitoriamente la dirección militar y la conducción de las acciones bélicas.⁵⁰ Así sucedió en numerosas oportunidades como fue en los levantamientos generales acaecidos en los años 1554 y 1598 contra la corona castellana o en los levantamientos indígenas del siglo XVII-XVIII. En efecto, en estos levantamientos las parcialidades mapuche nombraron líderes únicos o *Toquis* generales. Entre ellos los más conocidos fueron Lautaro, Caupolicán, *Pelantaru*, el mestizo Alejo, *Lientur* y *Vilumilla*.⁵¹

Hacia finales del periodo colonial e inicios de la república tanto la cultura mapuche, como su organización social y política habían sido modificadas profundamente por tres siglos de contacto con la cultura castellana y la influencia católica. En efecto desde mediados del siglo XVII hasta el siglo XIX la sociedad mapuche había lentamente iniciado un proceso de concentración del poder político y militar en clanes o linajes, transitando desde un estadio tribal hacia uno semi feudal. La riqueza proveniente del comercio, agricultura y ganadería con los hispano-criollos ayudó a la concentración del poder en una aristocracia indígena vinculada en torno a las redes de parentesco. Esta élite gobernaba grandes sectores del

⁴⁹ Ver Mapa 2 en Anexo.

⁵⁰ Pairican, F. (2021). *Toqui. Guerra y tradición en el siglo XIX. Ciper*.
<https://www.ciperchile.cl/2021/02/06/toqui-guerra-y-tradicion-en-el-siglo-xix/>

⁵¹ Bengoa, J. (2002). *Op. Cit.*

territorio mapuche desde el sur del Bio-Bio hasta las pampas argentinas. Hacia el siglo XVIII el territorio mapuche había adquirido una fisonomía feudal propia de una sociedad altamente estratificada. Esta forma de organización social y política basada en las alianzas y linajes subsistirá hasta el fin de la guerra de Arauco y la anexión del territorio indígena hacia la década de 1885. La ocupación y derrota militar por parte de los estados chileno y argentino desarticuló violentamente la sociedad mapuche empobreciendo y confinándolos en pequeños retazos de tierra.⁵²

Actualmente el pueblo mapuche se encuentra distribuido a lo largo de Chile y Argentina. Sus comunidades y tierras se concentran en la zona de La Araucanía y norte de la Patagonia chilena-argentina. En términos geográficos y administrativos correspondiente al Estado chileno esto coincide con las actuales regiones de Bio-Bio, La Araucanía, los Ríos y Los Lagos en Chile y Chubut, La Pampa y Rio Negro en Argentina.⁵³

2.2.- Cifras censales y datos de contexto.

El Censo de Población y Vivienda chileno realizado en el año 2017 arrojó antecedentes relevantes sobre los cambios ocurridos al interior de la sociedad chilena desde el año 2002.⁵⁴ Los resultados de dicho estudio dieron cuenta de las profundas transformaciones experimentadas por Chile en los últimos quince años desde el anterior Censo de 2002. Estas transformaciones se evidencian en diversas materias, como incremento en el acceso a la vivienda, mejoramiento en planes de urbanismo, disminución de ruralidad, aumento del acceso a la educación superior, modificación de la composición familiar etc., pero tal vez uno de los datos más sorprendentes fue el aumento del número de personas que declaran pertenecer a alguno de los nueve pueblos indígenas reconocidos por la Ley 19.253 o ley indígena.

⁵² Si bien volveremos a esto más adelante, es posible consignar que durante el periodo denominado “radicación” que siguió a la ocupación militar de la Frontera mapuche, los sobrevivientes fueron confinados a reservas de tierras que equivalen al 5% del territorio ancestral mapuche.

⁵³ Ver mapa 1 de anexo al final de esta tesis.

⁵⁴ Censo. (2017). Entrega final Censo 2017. <http://www.censo2017.cl/>

De acuerdo con el Censo, 2.185.792 chilenos declararon pertenecer a algún pueblo indígena, lo que corresponde al 12,8 % del total de la población nacional. De este universo, la mayoría declara pertenecer al pueblo mapuche, que alcanzó un 79 % de ese porcentaje — y un 9,9 % de la población nacional—, seguido por el pueblo Aymara, con un 7,2% de la población indígena nacional; siguiendo de forma decreciente por el pueblo diaguita, con un 4,1%, y quechua, con un 1,6% de la población indígena del país. En comparación con el Censo de 2002 las cifras contrastan radicalmente, en efecto en dicho instrumento solo el 4,6% de la población chilena se declaraba perteneciente a algún pueblo indígena, esto es un número de 692.000 personas aproximadamente. De ellas un 87% declaraba pertenecer al pueblo mapuche, seguido por el aymara en el mismo orden anterior.⁵⁵ Si desglosamos estos datos territorialmente, la mayoría de la población indígena —numérica, no proporcional— se asentaba en la región Metropolitana, donde alcanzaba el 10% del total regional, mientras que, en la Araucanía, Los Lagos y Biobío, ascendía a un 34,5%, 28% y 9,9%, respectivamente. Por último, a nivel local, las comunas con más población indígena fueron Arica, Temuco, Puente Alto y Puerto Montt, todas con más de 52.000 habitantes.⁵⁶

Los datos del Censo —más allá del eventual sesgo que pueda haber tenido la pregunta sobre adscripción étnica— reafirma una tendencia en el incremento de la autoidentificación con los pueblos indígenas, que refuerza los resultados del censo de 2012 y otros instrumentos de medición, como la Encuesta Social de Hogares de 2006, 2009, 2013 y 2015, todos los cuales arrojaron tendencias similares. En efecto, en los últimos veinte años, la población indígena del país se ha triplicado. Desde el censo de 2002, donde solo el 4,6% de la población se identificaba como indígena, hasta 2017, donde el 12,8% declaraba ser parte de un pueblo originario, las cifras no dejan de sorprender. Más allá del aumento natural de la población, hay un incremento sostenido e indiscutible de autoafirmación étnica, es decir, de personas que antes no se consideraban a sí mismas indígenas y hoy lo hacen abiertamente. Las razones de aquello pueden ser múltiples pero el hecho cierto es que hay un

⁵⁵ Instituto Nacional de Estadísticas. (2003). Comisión nacional del XVII censo de población y vivienda, Síntesis de Resultados.

<https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/censo-de-poblacion-y-vivienda/publicaciones-y-anuarios/2002/sintesis-censal-2002.pdf>

⁵⁶ Para ver mapa de territorio ancestral Mapuche revisar foto 2 de anexo del presente trabajo.

crecimiento exponencial de la población indígena, mayoritariamente perteneciente al pueblo mapuche cuya población se concentra territorialmente en lo que históricamente han sido sus territorios ancestrales.

Según diversos estudios las razones de la reemergencia étnica como clivaje político son múltiples. Inciden en él la crisis de las identidades, factores económicos, las políticas asistencialistas, el reconocimiento de derechos de baja intensidad y la debilidad en el modelo de participación democrática institucional entre otros. En efecto, los datos oficiales dan cuenta de un incremento sostenido de la autoidentificación población indígena en Chile y una concentración territorial de la población indígena particularmente mapuche en la zona centro sur del país.

En las últimas dos décadas - 2000 a la actualidad- la movilización indígena ha adquirido una intensidad evidente, copando la agenda política por su particular energía, su expresión extrainstitucional y la inusitada violencia que paulatina pero sostenidamente ha adquirido. Esta movilización indígena desborda ampliamente la institucionalidad gubernamental diseñada por los gobiernos democráticos poniendo en riesgo la convivencia nacional. Este fenómeno da cuenta de que la relación con los pueblos indígenas, especialmente con el pueblo mapuche, constituye uno de los principales asuntos pendientes de nuestra democracia. Desde el inicio de la transición democrática el Estado no ha hecho más que administrar un “conflicto” plagado de diagnósticos, pero escaso en soluciones.

2.3.- Caracterización socioeconómica indígena y mapuche.

Según dan cuenta informes y encuestas oficiales de medición de desarrollo humano elaborados por entidades públicas de Chile, los pueblos indígenas de Chile y los mapuche en particular evidencian los menores índices de desarrollo de la población nacional,⁵⁷

⁵⁷ La Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional o encuesta Casen es un instrumento fundamental de diseño de políticas públicas en Chile. La Casen consiste en una medición periódica realizada por el Ministerio de Desarrollo Social con el objetivo de disponer de información que permite conocer la situación de los hogares y de la población, especialmente de aquella en situación de pobreza y de aquellos grupos definidos como prioritarios por la política social, con relación a aspectos demográficos, de educación, salud, vivienda, trabajo e ingresos. En particular, estimar la magnitud de la pobreza y la distribución del ingreso; identificar carencias y demandas de la población en las áreas señaladas; y evaluar las distintas brechas que separan a los diferentes segmentos sociales y ámbitos territoriales. Su

constituyendo parte importante de los sectores más rezagados en términos económicos y sociales.⁵⁸ Según las cifras oficiales, los indígenas se ubican entre los segmentos más pobres de la población chilena.⁵⁹

Mientras que los porcentajes de pobreza entre los no indígenas alcanzan el 14,80 % del total de la población chilena, la pobreza entre los indígenas alcanza el 19,99% de la población total. A mayor abundamiento la encuesta de medición de ingreso socioeconómico Casen -instrumento oficial que mide el índice de desarrollo social- arroja que el promedio de indigencia es aún peor, mientras que el promedio de indigencia entre la población chilena alcanza el 3,7 % de la población total, entre los indígenas alcanza un 5,9 es decir dos puntos más por encima del índice de indigencia chilena.⁶⁰

Del mismo modo, si medimos otra variable, como es el acceso a la educación, es posible evidenciar la misma brecha, en efecto el mismo instrumento arroja diferencias significativas sobre los niveles educativos entre la población no indígena e indígena. La Casen de 2018 - última actualizada- nos refleja que los índices de acceso a educación primaria es del 94,1% de la población, pero en relación a los indígenas el índice baja un punto alcanzando un 93,1%. En igual sentido en relación al acceso a la educación universitaria, mientras que el porcentaje de jóvenes indígenas que va a la universidad es apenas un 18,6%, el porcentaje entre no indígenas es de un 29,9%.

Finalmente en relación con los ingresos económicos nuevamente aparecen diferencias importantes entre la población indígena y no indígena. En efecto, mientras que ingresos promedio no indígenas alcanzan a un 956,3 USD por mes, los ingresos de un

periodicidad está establecida por periodo de dos años comenzando desde 1990 siendo la última la correspondiente al año 2018, que realiza la medición del periodo 2015-2017. Sin embargo desde el estallido social de 2019 y la posterior pandemia del COVID 19 no existen datos oficiales posteriores. Sin perjuicio de ello, durante la pandemia y en medio del confinamiento el Ministerio de Desarrollo Social en 2020 buscó actualizar los datos de la encuesta de 2018, sin embargo atendido que su medición se efectuó sin levantamiento de información en terreno el margen de error excede el margen usual. Observatorio Social - Ministerio de Desarrollo Social y Familia. (2023). [Ministeriodesarrollosocial.gob.cl. https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/](https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/)inicio

⁵⁸ Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional o encuesta Casen 2018. Observatorio Social - Ministerio de Desarrollo Social y Familia. (2017). [Ministeriodesarrollosocial.gob.cl. https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/encuesta-casen-2017](https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/encuesta-casen-2017)

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

trabajador indígena alcanzan en promedio 642 USD por mes, es decir 313,9 USD menos que un trabajador indígena.⁶¹

Con todo, a pesar de la dureza de los datos presentados y que se encuentran disponibles desde las fuentes oficiales, es posible constatar que mirada longitudinalmente la brecha entre población indígena y no indígena tiende a disminuir paulatinamente especialmente desde inicios de la década del 2000, donde las políticas de focalización de los recursos públicos han contribuido a reducir los índices de pobreza más dura y mejorar los índices de desarrollo humano de la población chilena⁶².

3.- La constitución de 1980: una mirada a su origen, características y vigencia.

Mayoritariamente la doctrina constitucional y sociedad civil chilena perciben en la constitución de 1980 un pecado de origen, una cualidad espuria que impide su aceptación democrática, dicho pecado estriba en su nacimiento ilegítimo desde las entrañas del régimen dictatorial. Esta falta de legitimidad ha sido denominada como “incomodidad constitucional”.⁶³ Esta incomodidad se traduce en un *ruido* permanente en el sistema democrático chileno que busca insistentemente la implementación de reformas, enmiendas constitucionales o incluso su sustitución completa por una nueva constitución.

3.1.- La incomodidad constitucional.

En sus cuarenta y dos años de vigencia, el texto de 1980 ha sido reformado en cerca de cincuenta oportunidades.⁶⁴ Convirtiéndose en la constitución con más número de modificaciones en la historia chilena. En efecto, si se hace una rápida comparación entre la constitución original y su versión actual, es posible constatar que formalmente sólo subsisten

⁶¹ Ibidem

⁶² Ibidem

⁶³ Bush, T. (2012). *El concepto de constitución y la incomodidad constitucional en Chile*. Global Jurist. 12(2) ,5. <https://doi.org/10.1515/1934-2640.1410>

⁶⁴ El texto de 1980 ha sido modificado 50 veces si lo analizamos en virtud de las leyes de reforma constitucional, si lo analizamos por artículos modificados, el número asciende a más de 300 reformas desde 1990 hasta el año 2023.

retazos del texto original promulgado por la dictadura militar en marzo de 1981. Las reformas constitucionales introducidas durante los gobiernos de la transición democrática, desde 1990 en adelante, se esforzaron por desatar los principales nudos autoritarios dejados por los ideólogos de la dictadura. Los esfuerzos de los gobiernos, especialmente en el primer periodo, fueron concentrados en consolidar el sistema democrático, ampliar la democracia y eliminar la tutela militar, sin entrar en los aspectos dogmáticos de la carta fundamental. Ello explica en gran parte la continua y persistente incomodidad que generada por el texto. Pues a pesar de sus múltiples enmiendas estas no han logrado permear o alterar el “*ethos*” constitucional plasmada en los derechos fundamentales, el rol del estado y los valores conservadores que la inspiran.

Del mismo modo, a pesar de las continuas reformas tampoco se ha logrado legitimar la carta constitucional frente a la ciudadanía como queda en evidencia con los múltiples procesos constituyentes que ha vivido Chile desde el año 2016 hasta hoy. Los distintos gobiernos democráticos buscaron reformar la constitución a fin de robustecer la protección de derechos sociales, el sistema de educación y salud o el sistema de pensiones hoy en manos privadas. Sin embargo una entre estas enmiendas pendientes se encuentra el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, esta parece ser la deuda que más intereses ha acumulado desde el retorno democrático en 1990. Toda vez que los proyectos de reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas enviados al parlamento desde 1990 hasta 2019 han fracasado una y otra vez frente a una cerrada oposición de sectores más conservadores de la sociedad nacional.

La resistencia al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas puede ser explicada desde distintas perspectivas, sin embargo, nos parece que esta resistencia es coherente con una postura ideológica de corte conservador nacionalista que destaca la “unidad de la nación” y la “homogeneidad étnica nacional”, uno de los mitos fundantes de la república reproduciéndose una retórica intransigente en términos de Hirschman, pero también en una idea que supone que la incorporación de estos derechos pone en tensión el modelo económico basado en la exportación de materias primas que se encuentra consagrado

explícitamente en la constitución de 1980.⁶⁵ En el próximo capítulo se volverá sobre estos conceptos.

3.2.- Génesis de la constitución de 1980.

En las elecciones del 4 de septiembre de 1970 resulta electo presidente de la República de Chile, con el 36% de los votos, el candidato Socialista Salvador Allende Gossens⁶⁶. La Constitución de 1925 a la sazón vigente, establecía que por no haber alcanzado la mayoría absoluta de los votos, la elección del candidato debía ser ratificada por el parlamento. En octubre de 1970 y luego de obtener el apoyo parlamentario del partido Demócrata Cristiano Allende es declarado presidente electo de la República de Chile.⁶⁷

El presidente Allende llega al Palacio de la Moneda – palacio del gobierno de Chile— apoyado por una coalición de izquierdas (Unidad Popular) encabezada por el Partido Radical, Comunista y el Partido Socialista de Chile.⁶⁸ Su programa de gobierno encarna un profundo espíritu reformista y transformador en materia política, económica y social. El compromiso de campaña de Allende consiste en que el abanico de reformas se debe materializar dentro del marco de las reglas democráticas establecidas en la Constitución de 1925. Este camino se popularizó nacional e internacionalmente como “*la vía chilena al*

⁶⁵ Hirschman, H. (1991). *Retóricas de la Intransigencia*. Fondo de Cultura Económica.

⁶⁶ Salvador Allende Gossens. (Santiago: 26 de junio de 1908 – 11 de septiembre de 1973). Médico y político del Partido Socialista de Chile. Presidente de la República entre el 3 de noviembre de 1970 y el 11 de septiembre de 1973. Salvador Allende fue senador por la Novena Agrupación Provincial "Valdivia, Llanquihue, Chiloé, Aysén y Magallanes" en el período 1945-1953; por la Primera Agrupación Provincial "Tarapacá y Antofagasta" en el período 1953-1961; por la Tercera Agrupación Provincial "Aconcagua y Valparaíso" en el período 1961-1969; y por la Décima Agrupación Provincial "Chiloé, Aysén y Magallanes", entre 1969 y 1970. Presidente del Senado entre el 27 de diciembre de 1966 al 15 de mayo de 1969. Diputado en el período 1937-1941, representando a la Sexta Agrupación Departamental "Valparaíso y Quillota". Ministro de Salud entre el 28 de septiembre de 1939 y el 7 de abril de 1942, durante la presidencia de Pedro Aguirre Cerda. Fue electo Presidente de la República el 4 de septiembre de 1970. Ejerció el cargo entre el 3 de noviembre de 1970 y el 11 de septiembre de 1973. Ver más en: https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_biograficas/wiki/Salvador_Allende_Gossens

⁶⁷ Congreso Nacional (2020). Historia Política. Elecciones presidenciales de 1970. https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle_eleccion?handle=10221.1/63763&periodo=1925-1973

⁶⁸ Fernández, P. (2014), Allende y el socialismo “con sabor a empanada y vino tinto”. *Revista Anfibia*. <https://www.revistaanfibia.com/allende-socialismo-empanada-vino-tinto/>

socialismo”.⁶⁹ Es decir, una forma para la construcción del socialismo a través de la institucionalidad democrática o en palabras del mismo presidente una “*revolución con sabor a empanadas y vino tinto*”.⁷⁰

Desde su llegada al Palacio de La Moneda el presidente Allende implementó un ambicioso plan de reformas políticas y económicas. En el año 1971 tras largas negociaciones con la oposición su gobierno logra con apoyo parlamentario la nacionalización de la gran minería del cobre, es decir, la transferencia a propiedad del Estado, sin pago de indemnización, de la totalidad de la explotación y producción cuprífera nacional, que hasta entonces se encontraba bajo la propiedad mayoritaria de empresas norteamericanas. De igual modo el gobierno socialista recurre a medidas como la intervención económica y expropiación de empresas privadas, fijación gubernamental de precios, emisión inorgánica de circulante – mediante el control político del banco central—, la requisición de productos de primera necesidad y el aumento desmesurado de la deuda pública.⁷¹

Entre 1971 y 1973, la coalición de izquierdas que sustenta al gobierno presiona sistemáticamente al presidente para acelerar las reformas políticas, económicas y sociales, entre ellas la “democratización” de las fuerzas armadas. Por su parte, la oposición compuesta por un amplio espectro de partidos políticos y liderada por la Democracia Cristiana progresivamente endurece su postura frente al gobierno, parapetados en el parlamento donde

⁶⁹ Según escribe el periodista Español, biógrafo y amigo del presidente Salvador Allende, Joan Garcés, la vía chilena al socialismo se caracterizó por “... *reunir un síndrome de elementos definitorios, políticos, sociales, económicos, militares, que la convierten en la experiencia más moderna hasta la fecha de revolución anticapitalista, conteniendo los gérmenes de una modalidad de transición al socialismo nunca antes desarrollada hasta un nivel comparable: plena vigencia de la democracia como forma de vida en el seno de los sectores y organizaciones integrantes del bloque social popular, reconocimiento de derechos políticos y civiles iguales a la oposición, respeto del Estado de derecho como norma de regulación de la vida colectiva, rechazo de la guerra civil como vía de resolución de las contradicciones sociales, libre ejercicio de las libertades de organización, conciencia y expresión sin más restricciones que las contempladas en el régimen legal fundamentado en la voluntad nacional manifestada a través del sufragio universal, libre, secreto y con pluralidad de partidos...*”. Rosenmann, M. R. (2020). La vía chilena al socialismo, Salvador Allende a 50 años de la unidad popular. *Revista de Ciencias Sociales* (Cr), vol. IV, núm. 170.

https://www.redalyc.org/journal/153/15367609006/html/#redalyc_15367609006_ref3

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Larraín, F. Meller, P. (1990). Journal Article. *La experiencia socialista-populista chilena: La Unidad Popular, 1970-73*. Published By: Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile. 27 (82). <https://www.jstor.org/stable/41951195>

conformaban una amplia mayoría. Desde el congreso la oposición entorpece la función del gobierno contribuyendo aún más al contexto de polarización política chilena.

Hacia el año 1972 la polarización política se incrementa exponencialmente, permitiendo la aparición de grupos paramilitares tanto de extrema derecha como de extrema izquierda. Estos grupos irrumpen en el escenario político profundizando la inestabilidad política e institucional dando paso a una escalada de atentados dirigidos a la infraestructura crítica del país y declarando como objetivos políticos y militares a funcionarios y personeros de gobierno y oposición. La crisis política chilena entra a un punto de inflexión en octubre de 1972, cuando los principales gremios del transporte chileno, la gran minería del cobre y sectores productivos declaran un *boicott*⁷² al gobierno de Allende. Este acto de presión empeora las condiciones económicas del país, estimulando el desabastecimiento de productos básicos, el nacimiento del mercado negro y un incremento exponencial del fenómeno inflacionario que llega a cifras nunca vistas en la historia nacional.⁷³ Frente a la crisis política y económica, el presidente Salvador Allende convoca a los militares al gobierno para asumir la dirección de las principales carteras del gobierno, la intervención militar agravó la tensión política al arrastrar a las fuerzas armadas y de orden a la arena contingente sometiénolas al escrutinio político abandonando su deber constitucional de no neutralidad y subordinación al poder civil.⁷⁴

En agosto de 1973 la Cámara de Diputados de Chile declara fuera de la legalidad y del orden constitucional al Gobierno del doctor Allende y destituye a gran parte del gabinete presidencial. Un sector de los militares que conformaban el gabinete de gobierno deciden

⁷² Este boicott fue denominado por la oposición a la Unidad Popular como “El gran paro de octubre” y fue liderado por la unanimidad del gremio del transporte de camiones de Chile junto a otros sectores productivos. Sus consecuencias fueron graves para el gobierno pues esta movilización devino en desabastecimiento y el aumento de precios de alimentos de primera necesidad y de materias primas. El paro es finalmente levantado a inicios del mes de noviembre de dicho año luego de duras negociaciones entre el gobierno y la oposición. Estas negociaciones obligaron al presidente a convocar a los comandantes en jefe de las fuerzas armadas a asumir funciones ministeriales. El gran paro de octubre marca un punto de inflexión del gobierno socialista, quien termina por atrincherarse en su postura política al igual que la oposición democristiana. Ver en: Larraín, F. Op cit.

⁷³ Larraín, F. Meller, P. (1990). *Journal Article*. Op cit.

⁷⁴ Ibidem

renunciar a sus cargos ministeriales, entre ellos, el comandante en jefe del ejército General Carlos Prats a la sazón ministro del interior del gobierno socialista.⁷⁵

Como un intento final, en una maniobra desesperada, hacia fines de agosto de 1973 Allende busca un acercamiento con la oposición moderada -democrristiana- solicitando la intervención de la iglesia católica. Estas dramáticas negociaciones fracasaron a inicios de septiembre de 1973 principalmente debido a la oposición de los sectores más radicales de la coalición gobernante quienes rechazaron cualquier acercamiento a fuerzas del centro político. La crisis política chilena no tenía salida institucional y la tragedia no tardaría en desatarse.

El 11 de septiembre de 1973, las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad destituyen al presidente mediante un golpe de Estado o “*coup d’etat*”. El Presidente Allende requerido por las fuerzas armadas a renunciar decide quitarse la vida en la oficina presidencial del Palacio de La Moneda. La asonada militar contó con el apoyo mayoritario de la población chilena y la participación unánime de todas las ramas de las fuerzas armadas de orden y seguridad. El golpe fue encabezado por un entonces desconocido militar General Augusto Pinochet Ugarte. Las fuerzas militares y policiales toman el control del país rápidamente y sin oposición, sus efectivos copan las principales instituciones públicas y ordenan el cierre del congreso, la proscripción de los partidos políticos, declaran la ley marcial procediendo a suspender los derechos y garantías ciudadanas y la vigencia de la Constitución de 1925.⁷⁶

En efecto, la intervención militar constituye el punto de ruptura para las asuntos políticos no resueltos, arrastrados desde la guerra civil chilena de 1891 como son la consolidación del proletariado industrial, los mayores niveles de educación, la irrupción de la clase media, voto femenino, la polarización política entre otros. En efecto, los cambios sociales que Chile experimenta durante la primera mitad del siglo XX acumularon grietas sociales profundas que se agudizaron en la década de los 60 y cuya expresión fue la asonada militar de 1973.

El golpe militar de 1973, pone fin a la democracia más antigua de América Latina y da inicio a la dictadura más larga de la historia de Chile. El general Pinochet y la junta militar

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem

que le acompaña gobernaron el país con mano de hierro por 17 años, desde septiembre de 1973 hasta marzo de 1990. El 11 de marzo de 1990 luego de elecciones democráticas asumirá como presidente don Patricio Aylwin Azócar quien ejercerá sus funciones hasta 1994 dando inicio a la transición democrática chilena.

La dictadura militar de Pinochet pasaría a la historia no solo como una dictadura sangrienta y criminal sino también como una dictadura refundacional y modernizadora⁷⁷. Dictadura criminal toda vez que dejó un legado de muerte, tortura y represión que quedó registrado en los anales de la historia chilena, según se demuestra en los informes oficiales de la Comisión Nacional de Verdad Histórica y Reconciliación de 1991 y el informe de la Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura de 2010 ambos documentos elaborados por el Estado de Chile que dan cuenta de las víctimas de la represión y persecución política entre el periodo comprendido entre septiembre de 1973 y 1990.⁷⁸

El periodo militar tuvo un profundo carácter refundacional porque buscó sentar las bases de un nuevo Chile centrado en valores cristianos y patrióticos basado en la idea de la excepcionalidad chilena frente al resto de Latinoamérica, y segundo, tuvo un marcado carácter modernizador ya que implementó un modelo económico de corte liberal extremo —o neoliberal— centrado en la desregulación y la reducción del Estado en materia económica.⁷⁹

En definitiva la dictadura de Pinochet buscó moldear a su amañó la sociedad nacional a fin de perpetuar su legado. Su intención queda demostrada con la imposición de una constitución política con características inéditas en nuestra tradición constitucional y

⁷⁷ Pasquino, G. (2011). *Nuevo curso de ciencia política*. Fondo de Cultura Económica.

⁷⁸ En 1991 el presidente Aylwin constituye la Comisión de Verdad y Reconciliación conocida como *Comisión Rettig* en honor al abogado y profesor de derecho constitucional don Raúl Rettig quien la presidió. Dicha comisión tuvo por finalidad hacer dar cuenta de las víctimas de muerte y desaparición vinculadas a la violencia política durante el periodo dictatorial y recomendar medidas de reparación. La comisión concluye su trabajo con la entrega del informe Rettig que da cuenta de las víctimas de asesinatos y desaparición producto de la represión política en el periodo comprendido entre 1973 y 1990. En Informe de Comisión Rettig; En 2005 se constituye una segunda comisión sobre tortura y prisión política durante la dictadura militar, denominada *Comisión Valech*, en honor al obispo Antonio Valech quien la presidió. Ambas comisiones Rettig y Valech dan cuenta de la intensidad de la represión política durante el periodo militar demostrando la instalación del terror y la persecución política como una política de estado.

⁷⁹ Pasquino, G. (2011). *Op. Cit.*

cuya vigencia llega hasta nuestros días. La dictadura chilena a diferencia de otras de Latinoamérica no solo busco perseguir y reprimir a sus opositores políticos sino que dio un paso más allá, perpetuar su legado mediante la conformación de nueva sociedad basada en valores conservadores, cristianos y en la adopción de un sistema económico de mercado. Para la consecución de estos fines era indispensable una redistribución del poder político, la determinación de un orden público económico y la adopción de una democracia restringida que limitara la agencia del pueblo, en definitiva se requería de un nuevo orden constitucional que diera soporte a este proyecto.⁸⁰

3.3.- La dictación de la constitución de 1980: nacimiento y vigencia.

Entre las primeras medidas políticas ordenadas por la dictadura se encuentra la creación de una comisión de juristas que propusieron la redacción de una nueva constitución que reemplazaría la Constitución Política chilena de 1925 hasta entonces vigente. Esta comisión estuvo compuesta por 7 abogados y profesores de derecho constitucional afines a la dictadura. Este órgano redactor se conocería como “Comisión Ortúzar” por encontrarse presidida por el abogado, profesor de derecho y ex ministro de justicia don Enrique Ortúzar.⁸¹ La comisión trabajó con denuedo de forma semanal durante 4 años preparando un proyecto de constitución que finalmente fue sujeto a aprobación de la junta de militares presidida por Pinochet.⁸² Una vez aprobado el texto por la dictadura, ésta convocaría a la ciudadanía a un “plebiscito” ratificadorio del texto constitucional. El referéndum se realizó en septiembre de 1980⁸³ sin cumplir ninguna condición de transparencia ni garantías democráticas, obteniendo

⁸⁰ Cavallo, A.(1994). *Historia Oculta del Régimen Militar*. Ed El Mercurio.

⁸¹ Enrique Cornelio Ortúzar Escobar, nació en Santiago de Chile en 1914 y fue un abogado, académico y político chileno. Se desempeñó como ministro de Estado durante el gobierno del presidente Jorge Alessandri Rodríguez (1958-1964). De pensamiento marcadamente conservador, fue el elegido por la dictadura militar del general Augusto Pinochet para liderar el proceso que permitió concebir el texto constitucional chileno que rige desde 1980. Anales de la República. (2019). Donoso, S. (s/f). Enrique Ortúzar Escobar – Anales de la República. Anales.cl. <http://anales.cl/ortuzar-enrique/>

⁸² La Junta Militar designó primero un “consejo de estado” compuesto por 24 miembros de los principales gremios productivos del país y luego una comisión denominada “grupo de trabajo constitucional” compuesto por los auditores generales de las ramas armadas que revisó y corrigió el texto propuesto por la Comisión Ortúzar. Una vez aprobadas ambas, el general Pinochet decide convocar a referéndum el 11 de septiembre de 1980.

⁸³ Fuentes, C. (2013). *El Fraude: crónica sobre el plebiscito de la Constitución de 1980*. Editorial Hueders.

la opción apruebo un nada sorprendente 67% de aprobación. El texto de la constitución de 1980 comenzaría a regir 6 meses después de su aprobación, es decir en marzo de 1981.⁸⁴

La carta fundamental de 1980 en su versión original mantiene ciertos elementos centrales del constitucionalismo histórico chileno. Entre ellos el marcado régimen presidencial, la bicameralidad, Estado unitario, un sistema democrático representativo, separación de funciones (poderes), un decálogo de derechos fundamentales y deberes constitucionales entre otros. Sin embargo, el texto fruto del trabajo de la dictadura estaba - y está - permeado por valores ajenos a nuestra tradición constitucional. En efecto, se incorpora en él la idea de una democracia tutelada de rasgos corporativistas, una visión de la sociedad inspirada en valores cristianos conservadores, patrióticos y autoritarios.⁸⁵

En este sentido, el texto original de la constitución – que rigió desde 1980 a 1990- se caracterizaba por mostrar una fuerte desconfianza hacia la democracia, característica que se expresaba en poder civil subordinado al militar a quienes se consideraba como garantes de la institucionalidad.⁸⁶ En igual sentido establecía una forma de Estado altamente centralizada, reconocía un sistema de gobierno de carácter hiper presidencialista, con un poder ejecutivo sin contrapesos. El órgano ejecutivo – denominado presidente de la república- contaba junto a la función de gobierno, amplios poderes legislativos frente a un parlamento con atribuciones disminuidas. Finalmente, el texto consagró constitucionalmente un orden público económico que abraza un modelo económico centrado en la prescindencia estatal sentando las bases de un sistema de libre mercado.

⁸⁴ El profesor de la Universidad Diego Portales, Claudio Fuentes, en su obra “El fraude” analiza la campaña de aprobación de la constitución de 1980, la realización del plebiscito, la intervención de las fuerzas armadas y sus eventos posteriores. Fuentes, C. (2013). *Op. Cit.*

⁸⁵ Atria, F. (2013). *La constitución tramposa*. LOM ed.

⁸⁶ Artículo 8 de la Constitución original consignaba la proscripción de todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnan la violencia o una concepción de la sociedad del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República. Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales. Más adelante en el artículo 90 inciso segundo expresa que las fuerzas armadas, de orden y seguridad son los garantes del orden institucional de la república. Ambas normas revelan el espíritu corporativo y tutelar militar concebido por el constituyente de 1980. Si bien ambas normas fueron eliminadas y sustituidas el espíritu de desconfianza a la democracia subsiste en la esencia de la carta fundamental expresándose por ejemplo en la idea de soberanía nacional y el modelo de democracia representativa contemplada en el texto vigente.

En efecto, si se hace una rápida comparación entre la constitución original y su versión actual, es posible constatar que formalmente sólo subsisten retazos del texto original promulgado por la dictadura militar en marzo de 1981. Si bien gran parte del articulado original fue modificado durante la transición democrática mediante acuerdos políticos que permitieron la implementación de amplias reformas constitucionales, es posible sostener que en lo sustantivo el *ethos* original se mantuvo inalterable en el corazón del texto constitucional.⁸⁷

La constitución de no solo buscó dar un orden constitucional autoritario sino perpetuar el proyecto ideológico, político y económico de la dictadura de Pinochet, con dicha finalidad recurrió a un conjunto de mecanismos que buscaron limitar la agencia democrática del pueblo estos mecanismos actuaron por décadas como “cerrojos constitucionales” que impedían su modificación.⁸⁸

En términos simples el texto original de la constitución buscaba amarrar el legado dictatorial dejando “*todo atado y muy bien atado*”.⁸⁹

3.4.- Dogmática constitucional: las características y vigencia de la constitución de 1980.

La Constitución Política de La República de Chile de 1980 se caracteriza como un documento breve en articulado pero denso en valores y principios. Compuesta originalmente por 119 artículos, un artículo final y 29 disposiciones transitorias. Según el itinerario constitucional establecido en el mismo texto, el rol de las disposiciones transitorias estribaría en institucionalizar la dictadura y comprendería el periodo que media desde marzo de 1981 hasta marzo de 1990. La institucionalización daría paso a la transición democrática a contar del 11 de marzo de 1990.

⁸⁷ Cavallo, A. (2020). *La Historia Oculta del Régimen Militar. Memoria de una Época 1973-1990*. Ed Salesiana.

⁸⁸ Atria, F. (2013). *Op cit.*

⁸⁹ Parafraseando la frase pronunciada por Francisco Franco en su discurso de fin de año del año 1969: “Todo está atado y bien atado”. Artal, R. (2021). El “atado y bien atado” era esto. *Eldiario.es*. https://www.eldiario.es/opinion/zona-critica/atado-atado_129_7829278.html

Del mismo modo el texto de 1980 se caracteriza por tratarse de un conjunto de normas fundamentales de fuerte carácter autoritario, influenciadas por dos corrientes filosóficas que conviven en el texto y que consagran un modelo de sociedad cristiana y liberal. En efecto, en el espíritu de la carta de 1980 se evidencian dos ideologías claramente marcadas, por una parte, el conservadurismo valórico de carácter católico y por otro lado, el liberalismo económico, ambas almas que aparentemente se encuentran en contradicción, en el texto constitucional se complementan con sorprendente coherencia.

En términos formales, es posible identificar cuatro grandes partes en la Constitución de 1980. Así, es posible identificar su parte orgánica y dogmática, junto a las cuales el código constitucional establece un título preliminar denominado bases de la institucionalidad y un capítulo final relativo a la reforma constitucional. Al establecer los derechos, deberes y garantías de los ciudadanos frente al poder político haciendo énfasis particularmente en las libertades fundamentales y estableciendo el sistema político, forma de gobierno, forma de Estado y tipo de gobierno respectivamente.

En lo que sigue se mencionará alguna de las características centrales del texto constitucional, y aquellos aspectos centrales que permiten entender el estado de la cuestión constitucional chilena en la actualidad. En efecto, se relevarán los valores y principios constitucionales, los mecanismos de protección de la constitución y la distribución del poder político que tuvieron en mente los ideólogos del texto de 1980. Junto a lo anterior exploramos algunos aspectos centrales relativos al modelo de distribución del poder en el texto original, abordando la clase, forma y tipo de gobierno consagrado en el cuerpo político, haciendo énfasis en sus aspectos esenciales.

3.4.1- Los valores y principios de la carta constitucional: una mirada a la constitución original.

En este punto y para hacer el análisis de estos conceptos se utilizará la clásica distinción efectuada por Ronald Dworkin quien plantea la distinción entre normas, principios y directrices (valores). En su obra seminal *“Los Derechos en Serio”* luego de anclar su teoría desde una crítica al positivismo normativista, arguye lo siguiente:

*“Junto a las normas, existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa. Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos. Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad (fairness). Mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación.”*⁹⁰

El contenido material del principio -su peso específico- es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada. Los principios -además- informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante.

Esta distinción es evidente en la constitución de 1980. En efecto el texto constitucional junto con su parte dogmática y orgánica propios de todo texto constitucional contempla un capítulo inicial denominado *“Las Bases de la Institucionalidad”*.⁹¹ Dicho acápite constituye una innovación en nuestra tradición constitucional y se caracteriza por su alta densidad valórica. Este capítulo comprende desde el artículo 1 al artículo 9 de la Constitución Política de La República. En él, el constituyente define y abraza los valores y principios que inspirarán el orden constitucional chileno dotando de una importancia desconocida para nuestra tradición constitucional. Siguiendo al profesor José Luis Cea Egaña, las bases de la institucionalidad definen los cimientos fundamentales de la carta constitucional y su relevancia debe ser visualizada en un doble sentido:

*“Primeramente los valores principios y preceptos reunidos en este capítulo tienen la cualidad de cimiento o sustento sobre el cual se levanta todo el sistema institucional... Ese fue el carácter que la Comisión de estudios de la nueva constitución pretendió darle según consta en sus actas”*⁹²

⁹⁰ Dworkin, R. (1989). *Los Derechos En Serio*. Editorial Ariel. Barcelona. 497. Pg 9

⁹¹ Constitución Política de la República de Chile. (2005). [Const]. 1980. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

⁹² Egaña, J. L. C. (2022). *Derecho constitucional chileno tomo I*. Cuarta edición actualizada. Ediciones UC.

Segundo, también extractado de José Luis Cea Egaña quien sostiene que para aplicar, entender e interpretar la constitución de 1980 resulta indispensable tener presente las bases de la institucionalidad agregando que:

“Si algún valor norma o principio de la Constitución está en contradicción con cierta disposición del capítulo entonces debe primar este último por su carácter básico y fundamental”⁹³.

En consecuencia, los principios no solo irradian las normas constitucionales sino también constituyen un elemento fundamental para la interpretación constitucional. De ahí la importancia de su consagración en el texto fundamental al tratarse de orientaciones dirigidas a los jueces al fijar el sentido y alcance de las normas fundamentales.

a.- Valores o directrices constitucionales.

La carta de 1980 a diferencia de los textos constitucionales previos es una carta sobrecargada de valores constitucionales o directrices. En efecto, no sólo reconoce como valores constitucionales los propios de todo constitucionalismo moderno, como son la libertad, igualdad y dignidad de la persona humana. Junto con ellos, el constituyente incorpora una serie de valores adicionales inéditos en la tradición constitucional chilena.

Estos valores constituyen más bien elementos necesarios para la consolidación del proyecto refundador y modernizador adoptado por la dictadura militar chilena. En lo que sigue se reproduce íntegramente el artículo 1^a de la constitución atendida su importancia para la interpretación y consagración de los valores fundamentales.

“Artículo 1 °.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

⁹³ Ibidem.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”⁹⁴

Como se desprende prístinamente el código constitucional, la carta fundamental cristaliza como valores constitucionales concepciones que van más allá de los valores propios del constitucionalismo. En efecto, esto queda en evidencia al elevar al rango de valores la importancia de la familia, protección de los grupos intermedios y el bien común como fin del Estado. Tratándose de la constitución de 1980 es perfectamente posible sostener – como lo hace Cea- que si este fuera un juego de ajedrez el constituyente originario habría comenzado la partida con varias piezas previamente movidas antes del inicio de la partida dejando a varios jugadores en desventaja antes del inicio del lance. En los párrafos que siguen serán analizados resumidamente los valores constitucionales inéditos a nuestra tradición y que fueron incorporados en la constitución de 1980.

- ***La familia como núcleo fundamental de la sociedad como un valor constitucional.***

En efecto, la concepción de la familia del constituyente es evidentemente la familia de origen cristiano católico. Es decir, aquella compuesta por un hombre y una mujer unidos por el sagrado sacramento del matrimonio. Al respecto el Tribunal Constitucional chileno ha determinado en un sinnúmero de sentencias el alcance de dicho valor, como ejemplo ha señalado en *sentencia N.º 2867 de 2016*, lo siguiente:

⁹⁴Constitución Política de la República de Chile. (2005). Artículo 1. [Const].
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

1980.

“No solo se reconoce la existencia de la familia como objeto de protección, sino que los esfuerzos deben encauzarse también hacia su fortalecimiento. Por cierto, la protección y fortalecimiento de la familia están directamente relacionados con la integridad de las personas, tanto en su ámbito físico como psíquico, garantía consagrada en el artículo 19, N° 1, CPR”⁹⁵.

La consagración de este valor redundaba en la permanente sombra de inconstitucionalidad que pesa sobre todo proyecto de ley que tensione la idea cristiana de familia. Esto se ha expresado por ejemplo en las dificultades y retrasos ocurridos en la tramitación de reformas en materias de familia como ocurrió con la ley de divorcio en 1998, la ley de filiación, como recientemente con la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo. Todas iniciativas legislativas que han terminado siendo zanjadas por el tribunal constitucional chileno en virtud de requerimientos de inconstitucionalidad presentados por sectores conservadores del espectro político nacional.

- ***Protección de los grupos intermedios y su autonomía frente al Estado.***

Un segundo valor constitucional incorporado en las bases de la institucionalidad dice relación con la protección a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad. El constituyente no solo los protege, sino adicionalmente los reconoce y ampara garantizando constitucionalmente su autonomía dándole un amplio margen de actuación en todas las materias, especialmente económicas. La protección de los grupos intermedios abre camino a la cristalización constitucional de un orden público económico basado en el principio de subsidiaridad en un sentido negativo, la libertad de emprendimiento, la protección de la propiedad. El principio de subsidiaridad, según se verá, no se encuentra reconocido explícitamente se encuentra indiscutiblemente en nuestro entramado constitucional e irradia las libertades individuales y las económicas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno ha señalado en relación a los grupos intermedios lo siguiente:

“Son agrupaciones voluntariamente creadas por la persona humana, ubicadas entre el individuo y el Estado, para que cumplan sus fines específicos a

⁹⁵ Tribunal Constitucional de Chile (2016) Sentencia N° 2867.

través de los medios de que dispongan, con autonomía frente al aparato público. Grupo intermedio es 'todo ente colectivo no integrante del aparato oficial del Estado, goce o no de personalidad jurídica, que en determinada situación actúe tras ciertos objetivos'. Esa agrupación puede o no tener personalidad jurídica. Las agrupaciones intermedias son todas las asociaciones distintas al aparato público, es decir, todas aquellas que no sean órganos del Estado en todas sus manifestaciones, esto es, órganos de la Administración del Estado, tribunales, órganos autónomos, corporaciones de derecho público. Por eso, se les conoce como organizaciones no gubernamentales. Estas agrupaciones, ubicadas en la estructura social entre el Estado y la persona, y creadas por los individuos, conforman la denominada 'sociedad civil'. Por eso, la Constitución señala que a través de estas asociaciones la sociedad 'se organiza y estructura' (artículo 1º). Estas tienen fines propios distintos a los del Estado y sus órganos.”⁹⁶

Los grupos intermedios cuentan con una garantía constitucional de no intervención del Estado. Ello resguarda la subsidiariedad negativa al consagrar la neutralidad estatal y al mismo tiempo releva la importancia de este valor, al encontrarse constitucionalmente vedado al estado su intervención en los asuntos y materias que se determinan como campo de acción de los particulares entre ellos la provisión de acciones de educación, intervención en materia de pensiones y seguridad social.⁹⁷ Siendo parte fundamental del orden público económico constitucional chileno (OPE.).

La autonomía de los grupos intermedios es el sustento de dicho orden que en nuestro país tiene sustrato normativo constitucional al plasmarse no solo como principio sino como un conjunto de garantías y normas constitucionales. Al respecto vale la pena recordar la definición efectuada por el profesor Cea Egaña el Orden Público Económico – OPE- quien lo entiende como el conjunto de principios y normas jurídicas de nivel constitucional o legal

⁹⁶ Tribunal Constitucional de Chile (2009) Sentencia N° 1295. C. 55.

⁹⁷ Constitución Política de la República de Chile (1980) Artículo N° 19 numerales 8, 9, 10 y 18. https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/detalle_constitucion?handle=10221.1/60446

que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regular en armonía con los valores de la sociedad formulados en la constitución.⁹⁸

- ***El bien común como fin del Estado.***

Por último, el constituyente consagró el bien común como el fin del Estado y se obligó a crear las condiciones mínimas para que todos los miembros de la comunidad nacional logren la mayor realización material y espiritual posible. Se recurrirá a la clásica definición de bien común, usada por el filósofo medieval Santo Tomás de Aquino, quien entendía el bien común como:

“El bien de la sociedad entera, del todo social. Por lo tanto, el fin social es común porque afecta a todos y a cada uno de los miembros de la sociedad. El bien común —dice explícitamente Santo Tomás— es el fin de cada una de las personas que existen en la comunidad”⁹⁹

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno ha sido profusa en interpretar la idea de bien común en sus sentencias de forma amplia. Relacionando el bien común a deberes del Estado como protección del medio ambiente, resguardo de las garantías ciudadanas y a la función pública. Así el Tribunal Constitucional lo ha expresado en *sentencia N° 1295 del año 2011*, que al efecto señala:

“El deber del Estado de atender las necesidades públicas que comprenden el bien común, debe cumplirse siempre con pleno respeto a los derechos y garantías que la misma Ley Suprema establece. Es constitucionalmente inadmisibles encomendar a ciertos particulares una función registral y de almacenamiento de datos, sin las seguridades ni garantías legales suficientes como para impedir que se vean afectados sus derechos reconocidos por la Constitución”¹⁰⁰

⁹⁸ Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia N° 207. (1995).

⁹⁹ Tomás de Aquino, Santo (1964). *Suma Teológica*. 1a. ed. Madrid: biblioteca de autores cristianos.

¹⁰⁰ Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia N° 1894. (2011).

b.- Los principios constitucionales.

Los principios hacen referencia a la definición de estándares de justicia y equidad a diferencia de las normas que pueden o ser aplicables a un caso concreto, los principios dan razones u orientaciones para que el intérprete decida en uno u otro sentido. Las normas por su parte determinan las condiciones de su aplicación mientras que es el contenido material del principio —su peso específico— el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada.

En este sentido, la constitución incorpora los principios propios del constitucionalismo clásico como división de funciones, legalidad de los actos de la administración, imperio de la ley, supremacía constitucional etc. Sin embargo, adicionalmente agrega principios que constituyen una innovación en relación a la tradición constitucional chilena. Así junto a los principios clásicos encontramos entre otros los principios de servicialidad del Estado, subsidiaridad, y finalmente el principio del interés superior del niño entre otros. Estos principios se encuentran en absoluta coherencia con los valores consignados en el numeral anterior.

Se abordará por un instante el principio de subsidiariedad. En efecto, este principio tiene su origen en la doctrina social de la iglesia plasmada en las encíclicas de fines del siglo XIX fue ampliamente recogido en el derecho constitucional europeo. La subsidiaridad es usualmente entendida el reconocimiento a las personas y las sociedad intermedias para realizar y llevar a cabo por medio de su esfuerzo o iniciativa la consecución de sus fines lícitos, subordinados al bien común, el cual debe ser garantizado y promovido por el estado.¹⁰¹ En este sentido la subsidiariedad tiene una doble faz, primero una positiva donde el Estado frente a las desigualdades debe adoptar una obligación de actuar con fines correctivos intentando remover obstáculos que impiden a los ciudadanos el libre goce de los derechos, por otro lado una negativa donde debe abstenerse de inmiscuirse en el logro del bien individual frente a la iniciativa de las personas, ambas caras se expresan en la concepción canónica de subsidiariedad.

¹⁰¹ Tomás de Aquino, Santo (1964). *Op. Cit.*

Sin embargo este principio de la carta constitucional chilena tiene un aspecto distintivo, su particular énfasis en la faz negativa de la subsidiariedad. Es decir, en la constitución de 1980 la subsidiaridad tiene un énfasis negativo esto es, se pone el acento en entenderla como un resguardo para los particulares y no en la obligación del Estado a actuar. Ello se ve reforzado con las normas de orden público económico que prohíben al Estado intervenir en materia económica, restringiendo sus atribuciones a las de un órgano regulador, sin mayores atribuciones adicionales. Ello da pábulo a la articulación de un modelo económico liberal extremo que se articula en normas constitucionales que consagran un orden público económico basado en el *minarquismo* estatal.

Estos principios sustentan las libertades en que se funda la carta de 1980, como libertad de emprendimiento, el derecho de propiedad privada, la privatización de bienes comunes; ellas consagran la prescindencia del Estado en materia económica y la preeminencia del sector privado por sobre lo público, entregando la regulación de la economía a la mano invisible del mercado.

3.4.2- Los cerrojos constitucionales y el hiper presidencialismo original.

Como se ha consignado el texto constitucional chileno en su versión original reconocía un régimen democrático representativo fuertemente centralizado y presidencialista. La desconfianza frente al sistema democrático que la inspiraba se expresó en la incorporación de un conjunto de dispositivos constitucionales armoniosamente entrelazados denominados “cerrojos constitucionales” buscaron -y aún buscan- restringir al máximo la agencia democrática del pueblo.¹⁰² En efecto, estos mecanismos laboriosamente diseñados e inteligentemente articulados por los arquitectos jurídicos muchos de ellos aún se encuentran en la carta magna de 1980, pueden ser entendidos como un conjunto de mecanismos establecidos en el texto constitucional, e interconectados entre sí, para proteger el modelo político social consagrado en la carta de 1980 mediante la limitación de la voluntad popular y la restricción de la soberanía nacional.¹⁰³

¹⁰² Atria. F. (2013). Op Cit.

¹⁰³ *Ibidem*.

Destacan entre estos cerrojos, la centralización y concentración del poder en el ejecutivo, las leyes de supra quórum, la creación del consejo de seguridad nacional conformado por las fuerzas armadas, de un tribunal constitucional con atribuciones excesivas, la presencia de senadores designados y vitalicios.

a.- Sistema electoral binominal y la incorporación de leyes de supra-quórum.

La carta en su versión original consagra normas de rango constitucional que establecen un sistema electoral binominal. Este sistema electoral buscaba favorecer el equilibrio de las fuerzas políticas distorsionando artificialmente la correlación de fuerzas políticas en el parlamento al sobre representar a la primera minoría.¹⁰⁴ El sistema electoral binominal rigió desde 1989 hasta el año 2005 donde fue excluido del texto constitucional y remitido a la Ley Orgánica de Votaciones Populares, para ser reemplazado por un sistema proporcional.¹⁰⁵

Adicionalmente en materia legislativa la constitución consagra un entramado de leyes de supra quórum y de reforma constitucional inéditos en la historia constitucional chilena. Parte de la doctrina nacional sostiene que estas normas tienen el carácter de cuasi constitucionales al establecer quórum supra mayoritarios.

En efecto, si bien la existencia de leyes de supra quórum no es inédita en derecho comparado encontrándose presentes en ordenamientos como el austriaco y el español. La cantidad y diversidad de materias que regulan estas leyes de supra quórum en la constitución chilena es particularmente extensa; las leyes orgánicas constitucionales (LOC) que requieren 4/7 de los parlamentarios en ejercicio, leyes interpretativas de la constitución (LIC) que

¹⁰⁴ En doctrina se define al sistema binominal como un sistema electoral proporcional de cifra repartidora limitada. Con él se busca representar tanto a la mayoría como a la primera minoría excluyendo al resto de la oferta electoral. El sistema binominal tiende a la generación artificial de dos bloques políticos excluyendo a minorías electorales relevantes. Se sostiene que el sistema binominal recoge las peores características de los sistemas proporcionales y de los mayoritarios.

¹⁰⁵ El Decreto con Fuerza de Ley – DFL- 2. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley nº18.700, orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios. 06 de abril de 2017.
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1108229>

requieren un quórum de los 2/3 y finalmente las leyes de quórum calificado (LQC) que exigen la mayoría absoluta de los legisladores en ejercicio.¹⁰⁶

Lo que caracteriza a estas leyes es que, para su modificación, aprobación o rechazo requieren de la conformación de amplias mayorías lo que hace en la práctica imposible su modificación. Estas leyes por definición constitucional buscan regular aspectos sensibles de la institucionalidad política nacida en 1980, en especial resguardar del modelo político y económico, regulando materias como partidos y sistema político, inversiones mineras, de inversión extranjera, sistema de seguridad social, protección a la propiedad privada y de regulación de funciones del Estado entre otros. Así es posible encontrar leyes de supra quórum, como las leyes interpretativas de la constitución y las leyes de reforma constitucional que requieren para su aprobación, modificación o rechazo al menos 2/3 de los legisladores en ejercicio.

b.- Un tribunal Constitucional con amplias facultades.

El Tribunal Constitucional -- T.C. -- establecido originalmente en la Constitución de 1980, gozaba de atribuciones de control constitucional más amplias que las correspondientes a sus símiles en derecho comparado. En el texto original de la CPR de 1980, su conformación era mayoritariamente determinada por miembros designados por las fuerzas armadas de orden y seguridad (4 de 7 miembros) y sus facultades incluyeron la realización del control constitucional preventivo, correspondiéndole también un control obligatorio y otro facultativo de los proyectos de ley.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Constitución Política de la República de Chile (2005) Artículo 64.
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

¹⁰⁷ El control constitucional puede ser preventivo y represivo, preventivo será cuando el control se ejerza de manera previa a la entrada en vigencia de la ley y represivo una vez que ya haya sido publicada. También podrá ser obligatorio o facultativo. En el modelo chileno es obligatorio tratándose de las leyes de supra quórum las que deben necesariamente pasar por un control de constitucionalidad ante el TC. y será facultativo cada vez que dicho control se solicite por un cuarto de cada una de las cámaras o por el presidente de la república mediante la reserva de constitucionalidad. En dicho caso, el TC debe realizar el control de constitucionalidad de una ley ordinaria.

El diseño constitucional original entregaba facultades de tercera cámara legislativa al T.C. pues permitía eliminar partes de un proyecto de ley por considerarlas inconstitucionales. La profunda reforma constitucional de 2005 modifica sustantivamente la composición del Tribunal Constitucional aumentando sus integrantes de 7 a 10 y eliminando la intervención de las fuerzas armadas en la generación de sus miembros. Luego del año 2005 la composición del T.C tiene un carácter mixto correspondiendo su designación de sus miembros tanto al ejecutivo, legislativo como al jurisdiccional.¹⁰⁸

Sin embargo, la reforma de 2005 también fortalece sus atribuciones, toda vez que lo erige como el intérprete final de la constitución al entregarle el control de constitucional en exclusiva y con exclusión de todo otro órgano, reconociendo facultades incluso represivas de constitucionalidad, esto es una vez que la ley haya entrado en vigencia. Dicha facultad que hasta 2005 se encontraba entregada a la Corte Suprema a quien correspondía el control represivo mediante la acción de inconstitucionalidad hoy se encuentra radicada en el Tribunal Constitucional - TC.¹⁰⁹

Del mismo modo, corresponderá el ejercicio del control de constitucionalidad tanto obligatorio como facultativo. Este se ejerce en relación con las leyes de supra-quórum el cual siempre será obligatorio y preventivo. Por último, se ha extendido sus atribuciones a materias que eran propias de los actos administrativos y el control de constitucionalidad de la potestad reglamentaria de los actos del gobierno e incluso de los autos acordados de los tribunales superiores de justicia. En definitiva, la reforma de 2005 fortalece aún más el poder del Tribunal transformándolo en el verdadero guardián de la constitución.

¹⁰⁸ El Tribunal Constitucional se encuentra establecido en el capítulo VIII de la Constitución Política de la República de Chile, en sus artículos 92 a 94. En este capítulo se establece la composición de T.C. su conformación, las atribuciones y duración de los cargos. El modelo constitucional chileno consagra un sistema de carácter concentrado de control de constitucionalidad de carácter político toda vez que radica de manera exclusiva el control de constitucionalidad en un solo órgano el tribunal constitucional. Ver en la Constitución Política de La República de 1980.

¹⁰⁹ La acción de inconstitucionalidad consiste en aquella acción de garantías que correspondía ejercer un litigante que ante cualquier gestión o juicio pendiente que se ventila ante algún tribunal de la república, para recurrir ante la Corte Suprema a fin de que ésta declarase la inconstitucionalidad del precepto legal por inconstitucional. Esta acción se encontraba en nuestro ordenamiento desde la entrada en vigencia de la constitución de 1925. La reforma de 2005 traslada el conocimiento de dicha reforma desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional a quien desde 2005 corresponde el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad.

c.- Sistema presidencialista reforzado y democracia representativa.

En cuanto a la clase de gobierno, la constitución original – cuestión que se mantiene hasta hoy- define a Chile como república democrática de derecho, donde la soberanía reside esencialmente en la nación chilena. La cual entiende como una realidad única, permanente e indisoluble de la patria común. Consagrando que el ejercicio de este poder supremo en el pueblo quien ejerce la soberanía nacional por medio de las elecciones, plebiscitos y las autoridades establecidas por la propia constitución.

En cuanto al sistema de gobierno corresponde a lo que en doctrina del derecho político se denomina sistema presidencial. Es decir, el poder de gobierno y administración del Estado recae en la figura del presidente de la república quien cumple las funciones de jefe de Estado y gobierno a la vez. En su figura recaen las funciones generales de gobierno y administración del Estado. Con atribuciones ejecutivas de una amplia naturaleza, incluyendo gobierno, administración, legislativas y jurisdiccionales. Una muestra de esta total asimetría era la atribución del presidente de disolver la cámara de diputados y designar parcialmente al senado, otra la duración del periodo presidencial de 8 años con la posibilidad de reelección por un periodo. Es decir, el ejecutivo tenía atribuciones propias de un sistema autoritario. Dichas facultades y atribuciones fueron reformadas durante la transición con miras a establecer una relación más equilibrada entre los poderes del Estado. Con todo, actualmente resulta evidente que a pesar de las reformas introducidas desde 1989 en adelante el nuestro sigue siendo un sistema fuertemente presidencialista. Estas funciones generales se ven complementadas por un sin número de atribuciones específicas que van desde las administrativas, militares hasta las legislativas y judiciales. Este tipo de presidencialismo se denomina presidencialismo reforzado o exacerbado. Toda vez que el presidente es también el principal órgano legislador por sobre el congreso. Pudiendo legislar en materias de iniciativa exclusiva de ley, mediante legislación delegada – a través de los denominados Decretos con Fuerza de Ley – o mediante la potestad reglamentaria. En efecto, el peso del ejecutivo era aún más extremo en la versión original de la constitución permitiendo incluso disolver la Cámara de Diputados y designar parcialmente el Senado.¹¹⁰

¹¹⁰ Cavallo, Ascanio. Op cit.

El texto original también incorporaba atribuciones que otorgan al presidente de la república la facultad de intervenir en la función jurisdiccional a través de las remociones, designación de los magistrados y jueces e incluso con la atribución de conmutar penas.

Por otro lado, en su texto original consagra un Estatuto especial para las Fuerzas Armadas de orden y seguridad. Las cuales no solo actuarán como garantes de la institucionalidad (Art. 90 original) sino que gozarán de autonomía frente al presidente de la República no pudiendo éste designar ni remover libremente a los comandantes en jefe de fuerza de las fuerzas de aire, mar, tierra y policía.

Según se verá ambas disposiciones fueron modificadas en la reforma constitucional de 2005 efectuada por el presidente Ricardo Lagos, donde se elimina la tutela militar y se atenúa el presidencialismo otorgando más atribuciones al congreso. Sin perjuicio de ello, la profundidad de la reforma no logra equilibrar los poderes manteniendo la asimetría a favor del ejecutivo por sobre el legislativo.

d.- Estado unitario centralizado. Forma de estado en la constitución de 1980.

En cuanto a las formas de Estado, el texto constitucional consagra la forma de un Estado unitario fuertemente centralizado. Cuestión coherente con la tradición chilena cristalizada desde la constitución de 1833 en adelante. En el texto 1980 el constituyente no introduce innovaciones de fondo en la forma de Estado manteniendo la condición de Estado unitario. En efecto, el artículo 3º de la carta consigna lo siguiente:

“Artículo 3.- El Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.

Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.”¹¹¹

¹¹¹ Constitución Política de la República de Chile (2005), Artículo 3. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

Las formas de Estado consisten en la manera en que se organiza el poder del Estado y su distribución territorial.¹¹² En términos doctrinarios nos encontramos con dos grandes corrientes; los estados unitarios y los federales. Mientras los unitarios se caracterizan por la existencia de un solo centro de poder o impulsión política donde existe una organización política única en el territorio del Estado el cual satisface todas las funciones estatales para los ciudadanos de este. Ellos obedecen a una sola y misma autoridad, compartiendo un único régimen constitucional y obedecen a una legislación común. Por su parte los estados federales, se caracterizan por la existencia de varias fuentes originales del poder público. Por una parte, una de ellas corresponde a la del Estado central y otras que son propias de los gobiernos locales. El principio de los estados federales es que existe una coordinación entre las unidades locales y las centrales. El Estado federal se caracteriza por el arte de conciliar la pluralidad con la unidad de lograr la integración de unidades autónomas en una unidad superior.

Evidentemente al tratarse de tipos ideales estos no necesariamente se encuentran en estado puro en el derecho comparado y es frecuente encontrar estados que se definen como federales, pero sean en la práctica altamente centralizados y estados unitarios que tienen importantes grados de descentralización y desconcentración e incluso es posible encontrar categorías intermedias que comparten elementos de ambos como los denominados estados regionales, como es el caso del Estado español.

En ambos sistemas resulta indispensable la definición de mecanismos de relación intergubernamentales para articular las competencias, recursos, y grados de autonomía política que implica la existencia de estructura nacional y las subunidades locales.

En el caso de la constitución 1980 en su versión original adopta la forma de Estado unitario y fuertemente centralizado. En el capítulo XIV del texto, relativo a la administración interior del Estado establece que el territorio de la república se divide en regiones y estas en provincias y finalmente en comunas, cada una de las cuales tendrá distintas funciones y

¹¹² Nogueira, H. (1994). *Derecho Político. Introducción a la Política y Teoría del Estado. Cuadernos Universitarios Universidad Andrés Bello*. Ed. Andrés Bello.

atribuciones.¹¹³ Desde el retorno democrático se han implementado reformas descentralizadoras, las que paulatinamente profundizan la participación regional en las políticas públicas, la transferencia competencial y en la elección de las autoridades locales.

4.- La transición chilena a la democracia: las deudas pendientes, reformas atenuadas y el estallido social.

La dictadura militar comienza su ocaso a inicios de los ochenta con la crisis de la deuda del año 1982 y con la marea democratizadora que recorrió Latinoamérica luego de la derrota militar de la dictadura argentina en guerra de las islas *Falkland* o Malvinas en 1982 y el posterior *Juicio a las Juntas de 1985*.¹¹⁴

En Chile hacia 1985 la movilización política y social articulada en torno a los partidos políticos de centro izquierda que fueron liderados por el partido democristiano despliegan y convocan a manifestaciones ciudadanas contra la dictadura. Las masivas manifestaciones ciudadanas y la presión del gobierno de EE.UU. sobre los militares chilenos obligaron a la dictadura a buscar una salida democrática. Así en octubre de 1988 Pinochet es derrotado en un plebiscito sobre su continuidad. No obstante, las vacilaciones del dictador, la presión interna y externa sobre el régimen militar determinan que la dictadura convoque a elecciones libres para el año 1989. En ellas resulta vencedor el candidato Demócrata Cristiano don Patricio Aylwin, quien encabezaba una amplia coalición de partidos que comprendía desde la centro derecha democrática hasta sectores del socialismo que habían conformado la antigua Unidad Popular. Patricio Aylwin asume marzo de 1990 como presidente de la república dando inicio a la transición democrática chilena.

¹¹³ Las Regiones en las que se divide Chile norte a sur son: Primero la macro región llamada el Gran Norte o de Atacama, incluye cinco Regiones: Arica y Parinacota, con capital Arica; Tarapacá, Capital Iquique; Antofagasta, capital Antofagasta; Atacama, capital Copiapó; Región de Coquimbo, Capital Coquimbo. Luego Chile Central, donde encontramos, La Región de Valparaíso, capital Valparaíso; Región del Libertador Bernardo O'Higgins, capital Rancagua; Región Metropolitana, capital Santiago (a la sazón capital de la república); Región del Maule, capital Talca, Región del Ñuble con capital en la ciudad de Chillán; Macro zona centro sur: Región del Bío-bío, capital Concepción; Región Araucanía con capital en la ciudad de Temuco; Región de Los Ríos, capital Valdivia; Finalmente el extremo sur o Patagonia chilena que se dividen en tres Regiones: Los Lagos, Capital Puerto Montt; Aysén, Capital Coihaique y Magallanes, Capital Punta Arenas.

¹¹⁴ Cavallo, A. (2020). *La Historia Oculta del Régimen Militar. Memoria de una Época 1973-1990*. Ed Salesiana.

La democracia transicional chilena, con sus particularidades y fragilidad buscó desde su inicio implementar reformas al marco constitucional diseñado por Pinochet con la finalidad de eliminar los principales enclaves autoritarios heredados de la dictadura. Los avances democratizadores fueron férreamente disputados por los guardianes del legado militar. En efecto, durante gran parte de este periodo la derecha conservadora —partidaria de la dictadura— mantuvo una representación importante en el congreso, posición que otorgaba un derecho a veto sobre cualquier iniciativa de reforma. Este sector actuó como guardián de la obra de autoritaria oponiéndose o atenuando todas las reformas propuestas por los primeros gobiernos democráticos.¹¹⁵

Con todo, a pesar de la cerrada oposición lentamente comienzan a desatarse las amarras dictatoriales. En el periodo 1989 —2010 se materializaron cerca de 50 reformas al texto de 1980.¹¹⁶ Transformándose en la constitución más reformada de la historia republicana. Sin embargo, su texto sigue entrañando una profunda incomodidad en sectores mayoritarios de la sociedad chilena toda vez que es percibido como ilegítimo de nacimiento y ajeno a la tradición democrática nacional. El estallido de octubre de 2019 reflejó nuevamente esta incomodidad en la peor de sus caras: el caos, la violencia y la abierta interpelación a la institucionalidad para, luego, dar paso a la canalización del malestar por una vía institucional. El momento constituyente chileno de 2019 había nacido.

4.1.- La transición chilena a la democracia. Reformas en la medida de lo posible.

El gobierno de Aylwin se caracterizó por una débil institucionalidad que obligó al gobierno y al presidente a realizar una gestión sobre la base de los acuerdos, consensos y reformas atenuadas. El gobierno de Aylwin como él mismo lo reconociera al fin de su mandato fue un gobierno en la medida de lo posible. A pesar de sus intenciones de realizar reformas profundas, estas rápidamente se estrellaron con la realidad. Con un parlamento de mayoría opositora – debido a las distorsiones introducidas por el sistema electoral – y un poder militar aún presente.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Fundación Jaime Guzmán. (2020). Reformas a la constitución. 30 años de acuerdos. *Mirada Política*. https://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2020/03/MP_2009_constitucion.pdf

El presidente se vio obligado a negociar prácticamente en todas las iniciativas de reformas políticas y económicas presentadas. Entre ellas en las reformas constitucionales a la carta fundamental comprometidas durante su campaña. A pesar de las dificultades, las negociaciones y vaivenes parlamentarios el texto constitucional fue reformado durante su mandato introduciendo modificaciones de baja intensidad al sistema democrático.

Gran parte de la coalición gobernante desde un inicio manifestó su incomodidad con el texto constitucional, pero del mismo modo dio cuenta de su pragmatismo político. Proponiendo durante este periodo distintos mecanismos y fórmulas con miras a modificar la carta fundamental buscando, de este modo, eliminar los principales enclaves autoritarios heredados. En cada iniciativa presentada se encontraba con la cerrada postura de los guardianes del legado dictatorial.

Es del caso reconocer que la coalición política de centroizquierda que gobernó Chile por veinte años desde el fin de la dictadura —entre 1990 y 2010— buscó infructuosamente introducir modificaciones de fondo a la constitución de 1980.¹¹⁷ Dentro de las iniciativas presentadas durante el periodo es posible identificar al menos 15 proyectos de reforma constitucional presentados durante el periodo y que buscaban responder a los compromisos políticos de reconocimiento constitucional suscritos con los pueblos indígenas en el marco de la lucha contra la dictadura militar y refrendados en las campañas presidenciales posteriores.¹¹⁸

¹¹⁷Concertación de Partidos Por la Democracia. Coalición de Centro Izquierda que agrupaba a Partidos Políticos del espectro de la centro como el Demócrata Cristiano e Izquierda como los Partidos Socialdemócratas (Partido Socialista, Partido Radical y Partido por La Democracia). La Concertación de Partidos gobernó ininterrumpidamente desde 1990 hasta 2010. Durante este periodo ocuparon el Palacio de La Moneda los presidentes: Aylwin (1990-94), Frei (1994-2000), Lagos (2000-06) y Bachelet (2006-10). En las elecciones presidenciales de 2010 la coalición fue derrotada por el candidato de la Centro Derecha Liberal Juan Sebastián Piñera quien asumiría la primera magistratura entre 2010-14. En las elecciones de 2014 la Concertación vuelve a gobernar el país hasta 2018 – bajo el nombre de Nueva Mayoría-. En 2018 y luego del segundo gobierno de la Presidenta Bachelet, la coalición desaparece para reconfigurar el mapa electoral chileno en torno a la coalición de izquierda que conduce el presidente Gabriel Boric, incluyendo desde el Partido Comunista. Hasta el Partido Socialista de Chile una coalición de centro entre el partido Demócrata Cristiano y Sectores liberales y una coalición de Derecha Conservadora.

¹¹⁸ Meza-Lopehandía, M. (2018). *Proyectos de reforma constitucional y consulta indígena constituyente*. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26082/1/FINAL___BCN2018___Proyectos_de_reforma_constitucional_y_consulta_previa_indigena.pdf

La democracia transicional se convirtió entonces en un pacto entre los sectores democráticos y partidarios de la dictadura. Producto de este pacto la válvula de los cambios se fue abriendo controladamente, mediante sucesivas y acotadas reformas constitucionales que desataron lentamente varios enclaves autoritarios. Estas reformas permitieron sentar las bases institucionales sobre las cuales se construye la transición política chilena

En sus cuarenta y dos años de vigencia, el texto de 1980 ha sido reformado en cerca de cincuenta oportunidades.¹¹⁹ Convirtiéndose en la constitución con más número de modificaciones en nuestra historia constitucional. Las reformas constitucionales introducidas durante los gobiernos de la transición democrática, desde 1989, buscaron desatar los principales nudos autoritarios dejados por los ideólogos de la dictadura militar. Ergo, los esfuerzos fueron concentrados en profundizar el sistema democrático, ampliar la democracia y eliminar la tutela militar, sin entrar en los aspectos dogmáticos de la carta fundamental. Ello explica en gran parte la continua y persistente incomodidad que generada por el texto. Pues a pesar de sus múltiples enmiendas estas no han logrado permear o alterar el “*ethos*” constitucional plasmada en los derechos fundamentales, el rol del Estado y los valores conservadores que la inspiran.

Las continuas modificaciones tampoco han logrado legitimar la carta frente a la ciudadanía. En efecto, entre estas enmiendas pendientes se encuentra el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Esta parece ser una de las deudas transicionales que más intereses ha acumulado desde el retorno democrático en 1990. Las reformas introducidas si bien totalmente necesarias no alcanzaron para purgar el ethos del texto, pues no alteran sustantivamente los valores y principios fundantes del modelo institucional. Tampoco bastaron los consensos para reconocer a los pueblos indígenas e incorporar sus derechos colectivos en el marco constitucional, lo mismo en relación con el proceso de descentralización.

¹¹⁹ El texto ha sido modificado 50 veces si lo analizamos en virtud de las leyes de reforma constitucional, si lo analizamos por artículos modificados, el número asciende a más de 300 reformas desde 1990 hasta el año 2023. Franco, C. (2020). ¿Han modificado 257 veces la Constitución?. *FactCkecking* <https://observatoriodedatos.com/2020/09/12/la-constitucion-ha-sido-modificada-257-veces/#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20ha%20sido%20modificada%20en%2051%20oportunidades%20>

4.2.- Principales reformas a la carta constitucional chilena 1989-2005. De Patricio Aylwin a la constitución de Ricardo Lagos.

Como se ha señalado las reformas constitucionales implementadas durante la primera parte de los años noventa fueron más bien orientadas a depurar el texto constitucional de aquellos aspectos más autoritarios del texto original. Sin embargo no fue sino hasta el año 2005, durante el periodo del presidente Ricardo Lagos Escobar, cuando se materializa una profunda reforma constitucional. Con ella se pone fin a los últimos resabios de tutela militar, desatando algunos de los cerrojos más impresentables como los senadores por derecho propio y eliminando las atribuciones políticas de las fuerzas armadas.¹²⁰

Igualmente, estas reformas ampliaron el régimen democrático, modificando las atribuciones de los poderes del Estado otorgando más facultades al congreso y restringiendo algunos poderes del ejecutivo, paralelamente se modifica el sistema electoral. Esta reforma adicionalmente subordina las fuerzas armadas a la tutela civil, modifica la integración y funciones del tribunal constitucional, elimina el consejo de seguridad nacional, atenúa el presidencialismo exacerbado de la constitución original y profundiza el proceso de descentralización de gobierno y administración interior del estado.¹²¹ En definitiva es el presidente Ricardo Lagos quien pone término a la democracia dirigida.

No obstante, la relevancia de estos cambios, el texto posterior a la reforma mantiene gran parte del *ethos* autoritario-economicista y conservador que caracterizó a los principios de la dictadura. La reforma del 2005 no logra depurar el carácter de sobre ideologizado de la constitución, que como ya vimos es generosa en valores constitucionales. Esta sobrecarga

¹²⁰ Véliz, C. Reformas de 2005: Por qué la llaman la “Constitución de Lagos” y qué tan distinta es de la original de 1980. *CNN Chile*. https://www.cnnchile.com/plebiscito2020/reformas-2005-por-que-constitucion-lagos_20201015/

¹²¹ Ricardo Lagos Escobar gobernó entre 2000 y 2006 y bajo su mandato la Constitución es reformada profundamente a través de la ley 20.050 de 2005. Entre las reformas introducidas por el Presidente Lagos se encuentra la eliminación de los senadores designados, la exclusión constitucional del sistema mayoritario binominal, el reforzamiento del rol del Tribunal Constitucional y el término de la tutela militar al poder civil.

se expresa en la consagración de “*concepciones de la vida buena*”¹²². Una concepción de la sociedad basada en la libertad, propiedad y la concepción de un Estado mínimo¹²³. Del mismo modo, las reformas no logran alterar sustantivamente la forma de Estado unitario altamente centralizado.¹²⁴

La reforma de 2005 ni los intentos posteriores lograron modificar la constitución para incorporar el reconocimiento de derechos indígenas en la norma fundamental y los proyectos de reforma fracasaron una y otra vez hasta 2019. La resistencia al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas puede ser explicada desde distintas perspectivas, sin embargo, nos parece que esta resistencia es coherente con una postura ideológica de corte conservador nacionalista que destaca la “unidad de la nación” y la homogeneidad étnica nacional, uno de los mitos fundantes de la república, pero también pone en tensión un modelo económico basado en la exportación de materias primas el que se encuentra consagrado explícitamente en la constitución.

4.2.1.- Reformas constitucionales vinculadas a la profundización democrática.

La democracia transicional se convirtió en un proceso de negociación permanente entre los sectores democráticos y partidarios de la dictadura. Producto de estos acuerdos la válvula de los cambios se fue abriendo controladamente, mediante sucesivas y acotadas reformas constitucionales que desataron lentamente varios enclaves autoritarios. En la reforma de 2005 se pone fin a los últimos vestigios de la participación de las fuerzas armadas en la contingencia política subordinándolas definitivamente al poder civil. Del mismo modo

¹²² Así como la capacidad para construir planes racionales de vida y guiarse por estos, la posesión de un sentido de justicia y el reconocimiento de la necesidad de llegar a un acuerdo como medio para regular la cooperación y el producto de ella.

¹²³ Capítulo I de la constitución que establece los valores, principios y normas fundamentales del ordenamiento constitucional. Forma de gobierno, sistema de gobierno, Estado de derecho y bloque de constitucionalidad y un Estado mínimo.

¹²⁴ El proceso de descentralización y efectiva regionalización del gobierno y administración interior del Estado reconocido en la constitución de 1980 es una deuda pendiente de la democracia chilena que si bien fue aprobada en el año 2017 mediante la reforma constitucional del Art. 117 de la Constitución Política de la República que permite la elección popular de gobernadores regionales, aún se encuentra pendiente el alcance del traspaso de competencias y atribuciones desde el nivel central a los gobiernos regionales.

se amplía la base democrática al eliminar la designación parcial del senado y desinstitucionalizando el sistema electoral.

Igualmente, estas reformas ampliaron el régimen democrático, modificando las atribuciones de los poderes del Estado otorgando más facultades al congreso y restringiendo algunos poderes del ejecutivo, paralelamente se modifica el sistema electoral. Esta reforma adicionalmente subordina las fuerzas armadas a la tutela civil, modifica la integración y funciones del tribunal constitucional, elimina el consejo de seguridad nacional, atenúa el presidencialismo exacerbado de la constitución original y profundiza el proceso de descentralización de gobierno y administración interior del estado.¹²⁵ En definitiva es el presidente Ricardo Lagos quien pone término a la democracia dirigida

4.2.2.- El proceso de descentralización chileno.

En este sentido, el modelo unitario chileno implica que el territorio nacional es gobernado mediante un modelo centralizado que por razones de buen gobierno implementa los instrumentos del derecho administrativo como son la desconcentración descentralización administrativa—territorial jerárquica.¹²⁶ En efecto, paulatinamente desde 1990 se han introducido reformas orientadas a profundizar el proceso de descentralización no obstante la presión realizada desde las instancias regionales que buscan mayores niveles de descentralización y autonomía.

En efecto, hasta el año 2021, se mantuvo el diseño original de la constitución de 1980 según el cual todas las autoridades políticas regionales, tanto ejecutivas como legislativas eran designadas directa o indirectamente por el gobierno central. El ejecutivo regional estaba compuesto por la figura colonial del intendente y su gabinete, los que dependían de la confianza del presidente de la república, mientras el legislativo (consejo

¹²⁵ Ricardo Lagos Escobar gobernó entre 2000 y 2006 y bajo su mandato la Constitución es reformada profundamente a través de la ley 20.050 de 2005. Entre las reformas introducidas por el Presidente Lagos se encuentra la eliminación de los senadores designados, la exclusión constitucional del sistema mayoritario binominal, el reforzamiento del rol del Tribunal Constitucional y el término de la tutela militar al poder civil.

¹²⁶ Según el artículo Número 3 de la Constitución chilena. Chile es un Estado unitario, y su territorio está dividido en 15 regiones.

regional) era elegido de modo indirecto mediante la fórmula de electores. En este sentido, los gobiernos y partidos políticos mantenían una fuerte presión y control sobre los gobiernos regionales quienes carecían de toda autonomía. Las principales modificaciones a la descentralización política - leyes 21.074 y 20.990- contienen la eliminación de la figura del intendente regional y, las competencias y funciones de las nuevas autoridades regionales. Como consecuencia, separa la línea de gobierno interior (orden y seguridad pública) de la de administración regional, que hasta antes de estas reformas recaen única e íntegramente en el intendente regional. Como reemplazo de la función de gobierno interior, se crea la figura de delegado presidencial regional, actor político de exclusiva confianza del presidente de la república.

Las regiones cuentan junto a la autoridad electa por la ciudadanía denominada gobernador regional, según el modelo constitucional es gobierno regional y no la región como ente autónomo el que gozará de personalidad jurídica de derecho público.

Para el gobierno y administración el Estado observará como principio básico el desarrollo territorial armónico y equitativo de los territorios y regiones. La constitución establece como mandato al legislador que las leyes delegatorias buscarán el desarrollo armónico y solidaridad entre las regiones especialmente en materia de distribución de recursos públicos.

4.2.3.- La regionalización chilena: el gobierno y administración regional.

Desde el retorno a la democracia los avances en descentralización y fortalecimiento de las atribuciones de los gobiernos regionales han sido paulatinamente reformados mediante reformas pro-descentralización. El primer avance sustantivo en descentralización ocurrió el año 2012 que introdujo la elección popular para el legislativo regional —consejo regional— por primera vez se eligieron en 2013. Estas autoridades que conforman el legislativo regional tienen entre otras funciones fiscalizar al ejecutivo y aprobar los recursos regionales correspondientes al Fondo Regional. Los consejeros acompañan en la gestión al intendente regional.

El ejecutivo regional recae en la figura del gobernador regional. Órgano unipersonal electo por voto popular según reforma constitucional de 2021. Al gobernador corresponde el

ejercicio de las funciones ejecutivas. Adicionalmente es quien debe presidir el consejo regional y ejercer las funciones y atribuciones que la ley orgánica de administración regional determine. Sus funciones las ejercerá en coordinación con los demás órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. El gobernador deberá coordinar, supervigilar los servicios públicos que dependan o se relacionen con el gobierno regional. Por su parte las atribuciones de seguridad y orden público recaen en la figura del delegado presidencial que es de confianza del presidente de la república.

4.2.4.- Competencias y relaciones intergubernamentales (RIGs).

En cuanto a distribución de las competencias entre el gobierno central y de los gobiernos regionales corresponde sean determinadas por una ley cuya tramitación aún se encuentra en el parlamento. Será el legislador quien determine la forma y modo que se transferirán las atribuciones a los gobiernos regionales y el carácter de dicha transferencia sea carácter temporal o definitivo, el tipo y materia, como asimismo su origen ministerial o de servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Las que podrán incluir en materias de ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y desarrollo social.

Las relaciones intergubernamentales deberán ser resguardadas por la Contraloría General de la República. Órgano que deberá interpretar aquellos aspectos propios de las materias a transferir y la determinación de las materias propias o ajenas de los órganos regionales. En efecto, a diferencia de lo que sucede en derecho comparado corresponderá a un órgano administrativo y no a uno jurisdiccional la interpretación de aquellas normas que pueden o no transferirse desde el centro a las unidades subnacionales.

Las reformas al modelo centralizado de la constitución han sido lentas pero graduales. Solo recién en el año 2018 se aprueba la reforma que permitió la elección democrática de los gobernadores regionales quienes aún coexisten con la figura del delegado presidencial.

La profundización del proceso de descentralización es fundamental para pensar en un modelo de acomodación de las tensiones etnonacionales incluso regionales. El traspaso

de competencias políticas a los niveles regionales es indispensable para la gestión eficiente. Hasta ahora el modelo institucional chileno las mantiene concentradas en el gobierno central.

4.2.5.- Los territorios especiales. La reforma constitucional de 2007.

En efecto, durante el primer mandato de la presidenta Bachelet se buscó nuevamente reformar la constitución en el año. Dicha reforma que intentó impulsar nuevamente la descentralización del país incorporó varias disposiciones entre ellas uno inédito el artículo 126. Esta norma consagra la existencia de territorios especiales dentro del territorio nacional. Estos territorios especiales se regirán por estatutos propios en conformidad a las atribuciones que la Ley Orgánica les asigne. Esta categoría de territorio especial se basa en la consideración de particularidades características étnicas, geográficas, ambientales y condiciones insulares, y hasta ahora se han reconocido como tales: Isla de Pascua y el archipiélago de Juan Fernández.¹²⁷

La constitución permite que estos territorios se rigen por leyes o estatutos especiales y con mayores grados de descentralización que los gobiernos regionales. En efecto la constitución autoriza el traspaso de mayores grados de competencias en estos territorios siempre de acuerdo con la constitución y las leyes.

Entre las atribuciones es posible encontrar limitaciones o regulaciones especiales a ciertos derechos fundamentales como residencia y traslado, derecho de dominio y sus facultades. Estas leyes pueden entregar a los órganos de administración la facultad de establecer sus propios estatutos especiales, sin embargo, a 14 años de ese hito, todavía no han visto la luz limitando o así el ejercicio de esta especialidad territorial.

4.3.- Los gobiernos de la presidenta Michelle Bachelet. La reforma constitucional de 2007 y el proceso constitucional de 2016.

Durante el primer periodo de la presidenta Michel Bachelet -2006 a 2010- se presentaron una serie de iniciativas orientadas a modificar la carta fundamental a fin de

¹²⁷ La Isla de Pascua y Juan Fernández son archipiélagos que se ubican en el continente oceánico y se encuentran bajo la soberanía chilena, siendo parte integrante del territorio nacional. Administrativamente ambos pertenecen a la Región de Valparaíso, sin embargo gozan de estatutos especiales de administración.

incorporar el reconocimiento de derechos sociales y fortalecer el sistema de protección social chileno. En efecto, desde el año 2005 los informes de organismos internacionales daban cuenta de una creciente desafección de la sociedad chilena con la democracia como un valor. También consignaron los altos niveles de endeudamiento de los ciudadanos, del costo de la educación en las familias chilenas, la baja calidad del sistema público de salud y la creciente presión sobre el sistema de pensiones. De ello se alertaba de modo permanente los informes de auditoría a la democracia elaborados por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD- desde 2005 en adelante.¹²⁸ Junto con esas alertas, el PNUD pedía prestar atención a dos temas adicionales, la creciente violencia y falta de confianza en la institucionalidad estatal entre los pueblos indígenas especialmente entre el pueblo mapuche. Del mismo modo destaca como un nudo clave la excesiva centralización del poder político, todos estos aspectos incidían en el aumento de desconfianza en el sistema democrático.

Los órganos de Naciones Unidas recomendaban estimular y promover la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones y en la formulación de políticas públicas, y participación especial a los pueblos indígenas especialmente en las regiones donde concentran su población.¹²⁹ Sin embargo, las reformas legales y constitucionales no se materializaron, o si lo hicieron fue a un ritmo imperceptible. Así sucedió con las reformas de profundización de la descentralización, sistema de pensiones y previsión social y el reconocimiento atenuado de derechos indígenas.¹³⁰ Sin embargo, como ya era habitual el entramado constitucional de la constitución de 1980 no se puso en discusión. En efecto, al comenzar la segunda década del siglo XXI la sociedad chilena pareció sufrir un remezón, a contar del año 2010 una nueva generación de líderes, todos nacidos en democracia, irrumpe en el escenario nacional la demanda el mejoramiento de la educación pública nacional,

¹²⁸ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2014). *Auditoría a La Democracia*. https://www.estudiospnud.cl/wp-content/uploads/2020/06/undp_cl_gobernabilidad_Informe-Auditor%C3%ADa-a-la-Democracia_2014.pdf

¹²⁹ Reforma introducida en virtud de la ley 20.990 del año 2017, que dispone la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional.

¹³⁰ Hasta ahora el tímido proceso de descentralización chileno y la desconfianza en las regiones y autonomías nos dejan a la zaga de los países más centralizados de la OCDE.

reconocimiento a derechos sociales mínimos y derechos colectivos en función del grupo - pueblos indígenas- en la carta fundamental.

En 2014 asume en su segundo gobierno la presidenta Michelle Bachelet, siendo uno de sus compromisos centrales una nueva carta fundamental, para lo cual da inicio a un proceso constituyente de carácter participativo, el cual se tradujo en la presentación de un proyecto de reforma constitucional. La propuesta buscó modificar íntegramente la constitución de 1980 a partir de propuestas nacidas desde la participación de la ciudadanía que se expresada mediante la realización de cabildos ciudadanos. Del mismo modo la expresidenta llevó a cabo el proceso constituyente indígena entre 2016 y 2018, pero corrió la misma suerte que todos los intentos anteriores, y terminó en el sueño de los justos en el Parlamento.

En efecto, el proyecto constitucional de la presidenta Bachelet recogió las aspiraciones más sentidas de la comunidad nacional, también de los pueblos indígenas, pero terminó nuevamente rechazado por el Congreso de la República. Se volverá al análisis de esta propuesta en el capítulo IV cuando sea revisada en detalle la propuesta constitucional de la presidenta en materias de reconocimiento de derechos indígenas.¹³¹

La suma de estos factores incidió directamente, en el desborde institucional que vivió Chile a partir del “*estallido social*” e institucional de octubre de 2019. Esta crisis dio origen al momento constituyente actual. En efecto, la crisis de octubre dio paso a la apertura forzada de un camino institucional de transformación constitucional. el estallido Por el contrario, constituye simplemente el punto de irrupción de reformas largamente demandadas y no cristalizadas durante décadas fue más bien el desborde extrainstitucional de una demanda constante de gran parte de la sociedad chilena. La crisis de octubre de 2019 relevó nuevamente “*la incomodidad constitucional*” que se arrastraba desde el inicio de la transición se expresó de un modo inesperado, caótico y violento.¹³² El momento

¹³¹ Instituto Nacional de Estadísticas (2017). Entrega final censo 2017. <http://www.censo2017.cl/>.

¹³² Bush, T. (2012). *El concepto de constitución y la incomodidad constitucional en Chile*. Global Jurist. 12,2,5. <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/1934-2640.1410/html>

constituyente y la irrupción de las demandas indígenas – antes relativamente periféricas- se anclaron como uno de los ejes centrales de las exigencias ciudadanas.

En efecto, en relación con pueblos indígenas y el reconocimiento a sus derechos específicos, durante los 30 años de gobiernos democráticos, fueron enviados al parlamento al menos 15 proyectos de reforma constitucional en distintas intensidades, de ellos ninguno resultó aprobado por el congreso. A pesar de haber sido comprometido desde inicios de la transición el reconocimiento constitucional fue materializado durante los 30 años de democracia.

4.4.- El estallido de octubre de 2019, la Convención Constitucional de 2020 y la Comisión de Expertos de 2023.

En 2019 asume como presidente en segundo mandato Sebastián Piñera. En su programa de gobierno el presidente Piñera manifiesta su oposición a cualquier modificación a la constitución de 1980 desechando inmediatamente el proceso iniciado por su antecesora.

Sin embargo, un hecho no previsto cambió la agenda política de Chile en octubre y noviembre de 2019. Una protesta estudiantil contra el alza del transporte, escaló a niveles insospechados transformándolo en una movilización masiva.¹³³ Bajo el lema: “*No son 30 pesos, son 30 años*”, millones de chilenos salieron a las calles, demandando mejores pensiones, acceso a la salud, mejor educación y mejores condiciones de trabajo. Frente a la perplejidad del gobierno, una demanda sectorial se transformó en una interpelación colectiva a la institucionalidad nacida de los pactos transicionales, la democracia representativa y el rol del Estado en materia de derechos sociales. La demanda contra las alzas de tarifas iniciada por el movimiento de estudiantes secundarios termina convirtiéndose en un momento deliberativo de alta intensidad. Que desborda los cauces de la política corriente generando un episodio de ruptura institucional trasvasando desde el campo de la política “ordinaria” hacia la “extraordinaria”.¹³⁴ En esos días de octubre Chile pareció revivir, algo que creíamos

¹³³ Jiménez-Yañez, César. (2020). #Chiledespertó: causas del estallido social en Chile. *Revista mexicana de sociología*, 82(4), 949-957. <https://doi.org/10.22201/iis.01882503p.2020.4.59213>

¹³⁴ Ackerman, B. (1993). *Op. Cit.*

olvidado, la grieta heredada de la dictadura militar de Pinochet. Así mientras un sector de chilenos aplaudía, las patrullas y vehículos militares que vigilaban las calles, otros - especialmente más jóvenes- no temían enfrentarse directamente. Los desórdenes públicos, saqueos y pillaje mezclados con marchas multitudinarias a lo largo de todo el país hizo que el gobierno reaccionara declarando la ley marcial y el toque de queda para todo el país. Esta decisión escaló exponencialmente el malestar y el conflicto desbordó definitivamente toda vía institucional

Pasada la incredulidad frente al estallido la clase política, liderados por el parlamento reacciona a la crisis institucional buscando retomar el control de la agenda política. En una extenuante y tensa madrugada del 14 de noviembre todos los sectores políticos con representación parlamentaria reunidos en las dependencias del congreso nacional logran un acuerdo transversal para responder institucionalmente a las demandas de la ciudadanía en las calles. Este acuerdo fue denominado “*acuerdo por la paz social y la nueva constitución*”.¹³⁵ Este compromiso político fue suscrito por todos los sectores políticos con el objeto de garantizar primero la paz y democracia – evitando así cualquier tipo de tentación autoritaria- y segundo abrir paso a un proceso constituyente que derivaría en la dictación de una nueva carta fundamental íntegramente escrita en democracia. “El giro en el tiempo”¹³⁶ propio de los momentos constitucionales de Ackerman se materializa al abrirse un camino de respuesta constitucional al pueblo ejerciendo su agencia. La constitución de Pinochet sería reemplazada por una carta fundamental escrita íntegramente en democracia. El “*estallido social*” de octubre del 2019 fracturó los cerrojos institucionales diseñados por el constituyente de 1980 que buscaban restringir la agencia del pueblo, sin embargo, dio nacimiento a un proceso constitucional inédito en la historia chilena.

En este proceso los pueblos indígenas contaron con participación diferenciada bajo la modalidad de escaños reservados. Los convencionales indígenas propusieron normas de reconocimiento a derechos específicos diferenciados en función del grupo. Un número importante de ellas pasaron al texto definitivo que se propuso a la ciudadanía para su

¹³⁵ Chain, F. Elizalde, A. Muñoz, H. Ramos, L. Pérez, C. Van Rysselbergue, J. Desbordes, M. Larraín, H. Toro, J. Maldonado, C. Boric, C. (2019). *Acuerdo por la paz social y la nueva constitución*. https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/detalle_cronograma?id=f_cronograma-1

¹³⁶ Ackerman, B. (1993). *Op. Cit.*

ratificación plebiscitaria. Estas normas constitucionales reconocían en carácter plurinacional del estado de Chile y el reconocimiento a derechos colectivos especiales indígenas en los más diversos ámbitos y materias¹³⁷. Como es de público conocimiento el texto propuesto fue ampliamente rechazado por la ciudadanía en el plebiscito de cierre realizado con fecha 04 de septiembre de 2022.^{138/139}

Con todo, el proceso constituyente se mantiene aún abierto. Toda vez que la amplia mayoría ciudadana demanda una nueva constitución íntegramente escrita en democracia que reemplace la constitución nacida de la dictadura militar. Es del caso hacer presente que, en el mes de diciembre del año 2022, las distintas fuerzas políticas democráticas han suscrito el denominado “*Acuerdo por Chile*”.¹⁴⁰ Este nuevo acuerdo político asegura la continuidad del proceso constituyente no obstante el rechazo del texto propuesto por la convención constitucional.¹⁴¹ En él se establece la conformación de un Consejo Constitucional, órgano que será compuesto por 50 miembros electos directamente por la ciudadanía, más la participación de 24 expertos en derecho constitucional quienes propondrán un nuevo texto de carta fundamental a la ciudadanía para su aprobación. Con este pacto se busca enmendar los errores del proceso previo de 2021 y asegurar la continuidad del proceso constitucional nacido del estallido social.

En el nuevo órgano constituyente se encuentra asegurada la participación proporcional indígena y la paridad de género y se sujetará a ratificación plebiscitaria una vez

¹³⁷ Nicas, J. (2022). Chile rechaza la Constitución propuesta tras tres años de debate. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2022/09/04/espanol/chile-plebiscito-rechazo.html>

¹³⁸ Rivas, F., Montes, R., y Laborde, A. (2022). Resultados plebiscito Chile 2022, en vivo | El ministro de Hacienda de Chile confirmó este martes los cambios en el gabinete de Boric. *El País*. <https://elpais.com/chile/2022-09-05/plebiscito-en-chile-para-una-nueva-constitucion-resultado-y-reacciones.html>

¹³⁹ En efecto, dicho plebiscito de salida se tradujo en un triunfo contundente de la opción rechazo que obtuvo el 62% de los votos nacionales versus un 38% que votó a favor de la propuesta constitucional. Servel. (2022). Plebiscito 2022. Sitio Histórico Resultados Electorales - Servel. (2022). *Servel.cl*. <https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=237>.

¹⁴⁰ Acuerdo por Chile.

¹⁴¹ Senado. (2022). Acuerdo por Chile: Definen Consejo Constitucional, Comité de Expertos e itinerario para nuevo proceso constituyente. *Senado* <https://www.senado.cl/noticias/proceso-constituyente/acuerdo-por-chile-definen-consejo-constitucional-comite-de-expertos-e>

finalizado su trabajo. En él se considerará el trabajo de la convención constitucional y los distintos proyectos de reforma constitucional presentados desde 1990 hasta el año 2019.

Uno de los acuerdos explícitos dice relación con el reconocimiento a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.¹⁴² En efecto, la participación especial indígena al igual que la paridad de género en el órgano constituyente fue vista como reflejo de una sociedad que se percibe a sí misma como diversa y que valora dicha diversidad. Ambos aspectos – tanto paridad como escaños – se entienden y aceptan ampliamente como un mínimo común por la sociedad chilena. Existiendo en consecuencia un acuerdo transversal sobre su mantención dentro de las reglas fundamentales que regirán en el segundo intento de modificación constitucional donde nuevamente se buscará definir democráticamente las reglas esenciales de la comunidad política chilena para este nuevo ciclo republicano.

5.- Conclusión del capítulo.

En esta primera parte se ha intentado reseñar la hipótesis que sustenta el presente trabajo. Como asimismo he consignado el objetivo general y los objetivos específicos de la investigación doctoral. Asimismo, se ha definido el problema de la investigación, la metodología, marco teórico que nos permitirá comprobar la hipótesis planteada al inicio del presente trabajo.

Hacia el final desarrolla en detalle y de modo extenso el estado del arte y caracterización de la constitución de 1980, sus valores, principios y ejes centrales, asimismo se exploran sus principales falencias y críticas. En este apartado visitamos la historia de la constitución de 1980, su nacimiento, y principales reformas implementadas durante la etapa de la transición democrática chilena. Pusimos central atención en la forma de Estado y el

¹⁴² Mussa, Y. (2022). Opinión | El Acuerdo por Chile y una Constitución ‘en la medida de lo posible’. *The Washington Post*.

<https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2022/12/14/acuerdo-por-chile-nueva-constitucion-gabriel-boric/>

carácter unitario y centralizado del gobierno y administración interior cuya profundización es esencial para la construcción de cualquier modelo de acomodación constitucional.

Estos elementos nos permiten entender los grados de conflicto presentes en la sociedad nacional y que en parte constituyeron causa de la crisis institucional de 2019. En igual sentido exploramos el sustrato histórico del conflicto indígena especialmente mapuche, y como este enraizamiento histórico repercute en el escenario actual de conflicto en la zona centro sur del país.

En lo que sigue se abordará el análisis de cada uno de los temas relativos a las tensiones provenientes de la diversidad y exploramos las políticas públicas implementadas desde el inicio de la transición democrática evidenciando sus fortalezas y debilidades. Asimismo, se expondrá el problema constitucional que nuestro país evidencia. Dicho problema ha sido denominado por un sector importante de la doctrina como una permanente “incomodidad constitucional” de ahí de la relevancia de repensar un modelo de acomodación constitucional que reconozca derechos colectivos a los pueblos indígenas y en especial al pueblo mapuche para canalizar institucionalmente las tensiones que una sociedad diversa entraña.

Ello nos permite definir el orden lógico e hilo conductor del presente trabajo de investigación. El extenso trabajo de documentación selección y clasificación de documentación bibliográfica se ha articulado de una manera que permita dar una coherencia lógica al trabajo. Del mismo modo estas reflexiones se complementan y dialogan con construcciones teóricas de amplia aceptación en el ámbito académico y que se encuentran sólidamente argumentadas. Adicionalmente, se establece una definición de los contornos del presente trabajo doctoral, es decir los bordes teórico-ideológicos del presente trabajo.

CAPÍTULO II.

DE LA ESPERANZA A LA MOVILIZACIÓN ÉTNICA MAPUCHE. LAS POLÍTICAS INDÍGENAS DE LA TRANSICIÓN.

1.- Introducción.

Este capítulo busca analizar la relación Estado— pueblos indígenas en Chile, primero caracterizando la relación Estado y pueblos indígenas desde una perspectiva histórica como desde el marco normativo constitucional vigente. Asimismo, se releva la respuesta desde el mundo indígena al modelo de acomodación de la diversidad etno nacional implementada por el Estado desde el fin de la dictadura militar. Para entender este escenario de movilización indígena y los grados de violencia creciente resulta indispensable hacer una mirada longitudinal. En consecuencia, para entender sus causas es necesaria una aproximación a las políticas públicas iniciadas desde la transición democrática —1990— hasta nuestros días. Los compromisos e intentos de reforma y acomodación de la diversidad emprendidos por los gobiernos democráticos desde el gobierno de Patricio Aylwin Azócar hasta el año 2019. En efecto, para explicar el actual escenario de politización étnica resulta indispensable describir el proceso chileno de transición democrática y su relación con los pueblos indígenas, desde una perspectiva amplia haciendo evidente sus luces, pero también sus sombras.

En este sentido es necesaria una mirada inicial desde el mundo indígena, para luego centrarnos en la realidad del pueblo mapuche hoy. Se explicará el tránsito desde la reivindicación indígena de los derechos culturales hacia la demanda de reconocimiento de derechos políticos. Para conocer las razones de dicho giro y como el proceso de acomodación chileno, basado en el reconocimiento de derechos de baja intensidad, estimuló una agudización de las tensiones etno-nacionales y contribuyó a una canalización extrainstitucional de sus reivindicaciones. Finalmente, se abordará la aparición y fortalecimiento de discursos étnicos excluyentes y la profundización de un conflicto étnico en las regiones del centro sur de Chile.

En efecto, el fortalecimiento de los lazos identitarios y movilización política extrainstitucional indígena se expresan de manera más evidente en lo que se ha dado en

llamar el “conflicto mapuche”.¹⁴³ Que no es sino el corolario de un largo y profundo proceso de reconstrucción etno nacional mapuche, es decir, un lento proceso de acumulación de fuerza, de avances y retrocesos, de derrotas y victorias materiales y simbólicas colectivas – de comunidades, organizaciones y movimiento político mapuche— quienes entran en contraposición con los intereses o pretensiones de la sociedad no indígena y en particular con el Estado chileno. El conflicto étnico no necesariamente es sinónimo de violencia étnica, pero en aquellos casos en que la tensión y contraposición de intereses no es posible canalizar institucionalmente, la posibilidad de aparición e instalación de la violencia son prevalentes.

En relación al conflicto mapuche sus causas se enraízan en las postrimerías del siglo XIX, con la incorporación militar de la Araucanía o Frontera, manteniéndose latente durante el siglo XX y XXI y expresándose en paralelo a los procesos políticos nacionales con los cuales en ciertos momentos se superpone. Con todo, desde finales del siglo XX, esta movilización comienza a articular e identificarse en torno a un clivaje étnico mapuche. Dicha articulación se erige en torno a solidaridades nacidas a partir de afectos y dolores compartidos que refuerzan la pertenencia grupal e identidad colectiva. La historia de esfuerzos comunes, de dolores y sufrimiento junto con la discriminación económica, política y cultural, generan que la cohesión del grupo tienda a aumentar ante la falta de capacidad del sistema político de representar los intereses colectivos de los pueblos indígenas.¹⁴⁴

El acceso a la educación, la formación de una élite intelectual indígena además de la de las reformas institucionales de baja intensidad, las promesas incumplidas, políticas públicas ineficientes van profundizando la desconfianza entre el Estado y los pueblos indígenas. Esta se ve estimulada ante la falta de respuesta institucional y un modelo de acomodación basado en un reconocimiento de derechos de baja intensidad generan una pronta decepción frente a las promesas de los gobiernos democráticos.¹⁴⁵ Estos constituyen argumentos relevantes a la hora de entender las razones por las que hacia el ocaso del siglo XX las tensiones se expresan en lo que podríamos describir como un conflicto étnico. Para

¹⁴³ Sin perjuicio de que hemos intentado una definición descriptiva del conflicto mapuche más adelante volveremos a ello con más detalle.

¹⁴⁴ Bengoa, J. (2000). *Op. Cit.*

¹⁴⁵ Yáñez, N. Aylwin, J. (2007). *El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo trato”*. LOM Ediciones.

entender este fenómeno es necesario dar una mirada a los distintos procesos políticos que la sociedad nacional y los pueblos indígenas han experimentado desde los años finales del siglo XIX hasta la actualidad.

En este ejercicio, se revisará la relación histórica con el pueblo mapuche arrojando luz a la larga historia colonial, su tránsito hacia la república y el siglo XX, para concluir con los acuerdos políticos de la transición cuyas consecuencias se aprecian hasta nuestros días. Se recordarán los compromisos asumidos en el “Pacto de Imperial” del año 1989¹⁴⁶ y los inicios de la nueva democracia donde las promesas iniciales y la invitación a construir una patria *“justa y buena para todos”*, dio paso al frío pragmatismo de la transición.¹⁴⁷ El compromiso de Imperial constituye el hito basal que define las políticas indígenas hasta nuestros días y significó no solo la implementación de un nuevo modelo de acomodación de la diversidad basado en un reconocimiento de baja intensidad sino también constituyó un importante estímulo al proceso de reconstrucción de la identidad etnonacional indígena.

Para cerrar, se explicarán los principales desafíos de cara a un nuevo ciclo los cuales están marcados por dos aspectos, primero la dualidad de estrategias indígenas donde conviven por una parte posturas inclusivas y otras que se deslizan riesgosamente hacia un nacionalismo étnico excluyente, y luego por la intensificación de la movilización y violencia étnica en el centro sur de Chile, todos estos factores entran en mayor tensión frente a la expectativa de un proceso constitucional aún abierto e incierto.

2.- Revisitando la historia. La transición, desde la esperanza a la decepción.

Las primeras crónicas sobre los mapuche provienen de fuentes incaicas e hispanas, el mestizo Felipe Huamán Poma de Ayala, escribe en su “Nueva Crónica del Buen Gobierno”

¹⁴⁶ El acuerdo de Nueva Imperial suscrito entre las fuerzas democráticas de la oposición a la dictadura militar y las organizaciones indígenas de todos los pueblos indígenas. Lideradas en ese entonces por la organización ADMAPU. El pacto de Imperial constituyó el hito cero en las políticas públicas indígenas del nuevo ciclo democrático toda vez que fija los ejes de la relación entre el Estado y los indígenas. Constituye la hoja de ruta que articula las políticas indígenas hasta nuestros días.

¹⁴⁷ <https://magnet.cl>. (2018). [ARCHIVO] El discurso con que Patricio Aylwin reinauguró la democracia. www.gob.cl. <https://www.gob.cl/noticias/el-discurso-con-que-patricio-aylwin-reinauguro-la-democracia-1/>

obra que da cuenta de la conquista del Collasuyo.¹⁴⁸ En ella el mestizo Poma describe como el ejército Inca luego de conquistar el norte y centro de Chile, emprende su avance hacia el sur del continente, internándose hacia territorio mapuche. Las tropas Incas son frenadas en el año 1484 por los “Promaucaes” a las orillas del río Maule.¹⁴⁹

2.1.- Los orígenes de la “cuestión” mapuche”¹⁵⁰.

El mestizo Huaman Poma de Ayala relata en su libro la expansión del imperio Inca, y en lo relativo a las provincias del sur, hoy Chile, consigna que los incaicos, al mando del general *Sinchiruca*, fueron derrotados por parcialidades mapuches en una gran batalla a las orillas del Río Maule. El poeta Alonso de Ercilla y Zúñiga en su poema épico *La Araucana* escribe:

“El potente rey inca aventajado, en todas las antárticas regiones, fue un señor en extremo aficionado, a ver y conquistar nuevas naciones Los promaucaes de Maule, que supieron, el vano intento de los incas vanos, al y paso y duro encuentro les salieron, no menos en buen orden que lozanos; y las cosas de suerte sucedieron, que llegando estas gentes a las manos, murieron infinitos orejones, perdiendo el campo y todos los pendones... Los incas, que la fuerza conocían, que en la provincia indómita se encierra, y cuán poco a los brazos ganarían, llevada a cabo la empezada guerra; visto el errado intento que traían, desamparando la ganada tierra, volvieron a los pueblos que dejaron, donde por algún tiempo reposan.”¹⁵¹

¹⁴⁸ Huaman Poma de Ayala, F. (2006). *Nueva Crónica del Buen Gobierno*. Siglo Veintiuno.

¹⁴⁹ Promaucaes es un exónimo utilizado por los incas para referirse a los mapuches a quienes denominaron Promaucaes o Proaraucaes, ello explicaría también el uso nombre de Araucanos con que fue conocido el pueblo mapuche durante la época colonial. Como se cita en: Manríquez, V. (2002). «Purum Aucca, "Promaucaes"»: De Significados, Identidades Y Etnocategorías. Chile Central, Siglos XVI-XVII»I. *Boletín De Arqueología PUCP*, n.º 6 (abril), 337-54. <https://doi.org/10.18800/boletindearqueologiapucp.200201.013>.

¹⁵⁰ Concepto acuñado por el académico José Marimán. Mariman, J. (1990). Cuestión mapuche, descentralización del estado y autonomía regional. *Revista Caravelle* (59), 189-205. Toulouse, France. Institut Pluridisciplinaire pour les Etudes sur l’Amerique Latine.

¹⁵¹ Ercilla y Zúñiga, A. (2003). *La Araucana*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

Luego de su derrota los incas concentran y afianzan su asentamiento al norte del Maule pacificando a los indígenas del norte y estableciendo la provincia o *wamani* de *Chili* o Chile.¹⁵² La ocupación incaica se consolidaba en la zona central y norte del actual Chile. El territorio hasta el valle del Mapocho pasa a integrar al andamiaje imperial andino formando parte del sur imperial o “*Collasuyo*”, el más grande de los *Suyus* del imperio incaico¹⁵³. Estableciéndose como capital provincial la ciudad inca del Mapocho, actual Santiago. La dominación inca del Chile central duraría hasta la llegada de los conquistadores castellanos. Sobre este particular y citando nuevamente a la Araucana de Ercilla agrega:

*“Los indios promaucaes es una gente que está cien millas del Estado; brava, soberbia, próspera y valiente, que bien los españoles lo han probado; pero, con cuanto digo, es diferente de la fiera nación, que, cotejado el valor de las armas y excelencia es grande la ventaja y diferencia.”*¹⁵⁴

Hacia el siglo XVI y una vez conquistado el Perú, el emperador Carlos V, otorga al adelantado don Diego de Almagro la gobernación de Nueva Toledo. Dicha gobernación comprendía los actuales sur de Perú, Bolivia y Chile. En el año 1535 Almagro se interna a tomar posesión de sus dominios en los territorios del Collasuyo a través del desierto de Atacama, para ello emprende un viaje hasta los confines del imperio.

El conquistador y sus huestes militares cruzan la cordillera de los Andes, para llegar al valle del Copiapó en la actual región de Atacama, donde descansan antes de proseguir su viaje hacia el sur. En su camino hacia el sur llegan al valle del Mapocho entonces capital de la provincia del imperio inca, siendo recibidos por el *curaca* Inca *Quilacanta*¹⁵⁵. Diego de Almagro en búsqueda de oro y metales, siempre escasos en las tierras de Chile, decide seguir incursionando aun al sur más allá del río Maule, frontera inca mapuche. De este modo, en el

¹⁵² Zapater, H. (2014). *Los Incas y la Conquista de Chile*. Revista Historia. (16): 249-268.

¹⁵³ El imperio Inca dividía su administración en cuatro Suyus. Cada uno correspondía a cada punto cardinal, el norte denominado Chinchasuyu, el sur Collasuyu, el este Contisuyu y el oeste, Antisuyu. Todos los Suyos juntos conformaban el Tiwantysuyu o imperio del inca. Como se cita en: Huamán Poma de Ayala, F. (2006). *Nueva Crónica del Buen Gobierno*. Siglo Veintiuno.

¹⁵⁴ Op. Cit. Ercilla y Zúñiga, A. (2003).

¹⁵⁵ Los curacas constituían figuras administrativas de la administración Incaica, hoy podríamos asimilarlos a la función de gobernador o intendente. Como se cita en: Huamán Poma de Ayala, F. (2006). *Nueva Crónica del Buen Gobierno*. Siglo Veintiuno.

invierno de 1536 las tropas de Almagro son enfrentadas por los mapuche el valle del río Itata actual región de Ñuble.¹⁵⁶ Esta batalla, denominada *Reinohuelen*, deviene en el triunfo de los castellanos y constituye el primer encuentro entre peninsulares y mapuches.¹⁵⁷

El combate del Itata constituye el preludio de la guerra de Arauco que se extendería hasta finales del siglo XIX.¹⁵⁸ La aventura de Almagro concluye prontamente ante las noticias provenientes del Perú donde Francisco Pizarro se había rebelado contra la autoridad real. Almagro emprende su vuelta a las tierras del Perú, donde encontraría su muerte en la batalla de "Las Salinas".¹⁵⁹ Sobre Almagro Alonso de Ercilla declama:

*"Pues don Diego de Almagro, adelantado, que en otras mil conquistas se
había visto, por sabio en todas ellas reputado, animoso, valiente, franco y quisto, a*

*Chile caminó determinado de extender y ensanchar la fe de Cristo; pero, en
llegando al fin de este camino, dar en breve la vuelta le convino."*¹⁶⁰

La vuelta de Almagro hacia el Perú deja las provincias del sur incaico sin ser efectivamente ocupadas, en un estado de interregno, no es sino hasta 1539 cuando un nuevo español, el extremeño don Pedro de Valdivia, emprende la conquista de Chile. Con un ejército de un puñado de castellanos y un par de cientos de indígenas auxiliares se interna

¹⁵⁶ Góngora Marmolejo, A. (2001). *Historia de todas las cosas que han acaecido en el reino de Chile y de los que lo han gobernado*. Ediciones de la Universidad de Chile.

¹⁵⁷ Para representación de la batalla véase anexo 1 de este trabajo.

¹⁵⁸ Bengoa, J.(2000). Op cit.

¹⁵⁹ La Batalla de Las Salinas: fue un enfrentamiento armado que tuvo lugar en el sur de Perú en 1538 entre las fuerzas del conquistador español Francisco Pizarro y su antiguo socio y rival Diego de Almagro. La batalla fue el resultado de una prolongada disputa entre los dos conquistadores por el control del territorio y los recursos del Imperio Inca, que habían conquistado juntos unos años antes. Almagro lideró un ejército hacia Cusco, la capital del Imperio Inca, pero fue interceptado por las fuerzas de Pizarro en Las Salinas, cerca de la actual ciudad de Moquegua. Después de una batalla intensa y sangrienta, las fuerzas de Pizarro lograron la victoria, capturando a Almagro y sus seguidores. Este enfrentamiento marcó el final de la rivalidad entre los dos conquistadores y desembocó en la ejecución de Diego de Almagro unos días más tarde. En: Lebrun, H. (2023). *Historia de la Conquista del Perú y de Pizarro*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/historia-de-la-conquista-del-peru-y-de-pizarro--0/html/ff2b1b7c-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html#I_0

¹⁶⁰ Ercilla y Zúñiga, A. (2003). Op. Cit.

hacia el sur del Cusco llegando al valle del Mapocho en los primeros días de 1541, fundando la ciudad de Santiago sobre la ciudad Inca del Mapocho.

En 1541 Pedro de Valdivia fue nombrado como primer Gobernador de la Capitanía General de Chile por el emperador Carlos V, durante su gobierno se dedicó primero a conquistar y consolidar los dominios y territorios del norte y centro de Chile, como una forma de atraer mayor población a la nueva colonia concede tierras, indígenas en encomienda, incentiva la minería del oro y fundó nuevas ciudades como La Serena, Concepción y Santa María de Valdivia, buscando afianzar su poder como Gobernador y atraer nuevos soldados hacia Chile. En 1550 el gobernador decide internarse al corazón del territorio mapuche traspasando el río Biobío para incorporar estas tierras de la corona. En este periplo fundó las ciudades de Cañete, Angol, Villarrica e Imperial. La campaña de Valdivia desata en 1553 un alzamiento general indígena liderado por caciques como *Lautaro*, *Caupolicán*, *Galvarino* y *Colo Colo* quienes se oponen con fiereza al ejército Español. En diciembre de 1553 encontrándose en la ciudad de Concepción -a las orillas del río Biobío- Valdivia decide salir en ayuda de la ciudad de Angol que se encontraba bajo asedio de los indios. En los llanos de Tucapel el gobernador Valdivia es interceptado por el ejército mapuche liderado por el cacique *Lautaro*, los castellanos deciden presentar combate a pesar de su inferioridad numérica sin embargo son derrotados decisivamente encontrando don Pedro de Valdivia su muerte en combate. Alonso de Ercilla escribe sobre la muerte de Valdivia:

“Valdivia paró, y dijo: ‘¡Oh constante española nación de la confianza, por tierra está el castillo tan pujante, que en el solo estribaba mi esperanza! El péfido enemigo veis delante, ya os amenaza la contraria lanza, en esto más no tengo que avisaros, pues solo el pelear puede salvaros.

Solo quedó Valdivia, acompañado de un clérigo que acaso allí venía, y viendo así su campo destrozado, el mal remedio y poca compañía, dijo: “Pues pelear es excusado, procuremos vivir por otra vía.” Pica en esto al caballo, y a toda prisa, tras él corriendo el clérigo de misa.”¹⁶¹

¹⁶¹ Ercilla y Zúñiga, A. (2003). Op. Cit.

Por su parte, Mariño de Lobera cronista español relata, que durante el combate Valdivia visto en inferioridad y ante la imposibilidad de emprender la retirada de Tucapel, se dirige a sus soldados preguntando:

*“¿Caballeros qué hacemos?. El capitán Altamirano responde: ¡Qué quiere vuestra señoría que hagamos, sino que peleemos y junto a su merced muramos!”*¹⁶²

La muerte de Valdivia, obligó a los conquistadores a replegarse hacia el norte abandonando las ciudades al sur del Biobío a su suerte, las cuales fueron destruidas por los indígenas. La pérdida de las ciudades y de gran parte del ejército conquistador unido a las rencillas internas entre los sobrevivientes dio paso a un periodo de inestabilidad en la Capitanía General de Chile. Ello obligó al mismo emperador Carlos a adoptar medidas para reforzar la defensa de sus conquistas para lo cual ordenó el envío de refuerzos militares y designó como gobernador a un experimentado militar don García Hurtado de Mendoza. El gobernador Hurtado de Mendoza logra controlar el levantamiento indígena. Tras las decisivas batallas de Mataquito, Lagunillas y *Millarapue*, derrota y captura a los caciques mapuches apresando a sus principales líderes condenándolos a muerte frenando de este modo el avance hacia Santiago¹⁶³.

A pesar de su derrota, los indígenas no dieron tregua al conquistador, asolando las ciudades recién fundadas, utilizando la técnica de guerra de guerrillas, asaltos y hostigamientos constantes a la población. Cuatro décadas más tarde de la muerte de Valdivia un nuevo levantamiento general liderado por el cacique *Pelantaru* casi logra expulsar a los europeos del territorio de la capitanía general. En 1598 los mapuche derrotaron al Gobernador Oñez de Loyola en la batalla de *Curalaba* – Región de La Araucanía—. El levantamiento alza en armas a los mapuche desde el valle de Santiago hasta la Isla de Chiloé en el sur, los ejércitos indígenas destruyen todas las ciudades desde el sur de Santiago. Nuevamente la llegada de un gobernador militar designado por el Rey Felipe III don Alonso de Ribera junto a un número significativo de refuerzos desde Madrid y del virreinato del Perú impide la caída de Santiago. La guerra de Arauco, también denominado por los primeros

¹⁶² Mariño de Lobera, P. (1865). *Crónica del Reino de Chile*. Imprenta del ferrocarril.

¹⁶³ Eyzaguirre, J. (1967). Op. Cit.

historiadores como “*Flandes Indiano*”,¹⁶⁴ continuaría durante tres siglos sin pacificar.¹⁶⁵ La guerra de Arauco sólo terminaría definitivamente hacia finales del siglo XIX con la incorporación militar de la Araucanía a la jurisdicción chilena en el año 1883. La cantidad ingente de recursos económicos y humanos que la capitanía general de Chile significaba para la corona llevó a decir al mismo Emperador Carlos V:

“ *La más pobre de las colonias americanas me consume la flor de mis Guzmanes y más dinero y hombres que la guerra de Flandes*”.¹⁶⁶

Hacia inicios del siglo XVII, agotados españoles e indios, por la intensa guerra la corona adopta una nueva estrategia militar denominada “guerra defensiva”.¹⁶⁷ Es decir, una estrategia de consolidación de los territorios conquistados renunciando a la incorporación completa del territorio mapuche. La guerra defensiva reconoce como frontera colonial el Río Bio-Bio en el centro sur de Chile, su implementación se consolida mediante el régimen de los parlamentos o acuerdos hispano-mapuche, siendo el primero de ellos el Parlamento de Concepción de parcial éxito y que fuera celebrado en la ciudad del mismo nombre en el año 1612.

No fue sino hasta el Parlamento de Negrete en 1641 donde se firmó la paz entre indígenas e hispanos. El periodo que sigue a Negrete es de una paz relativa en la frontera colonial, eventualmente quebrantada por levantamientos o escaramuzas de baja intensidad

¹⁶⁴ La Historia general del reino de Chile. Flandes Indiano fue escrita por Diego de Rosales en 1674. Esta obra fue publicada por primera vez por Benjamín Vicuña Mackenna entre 1877 y 1878. Pasaron más de dos siglos, además de innumerables vicisitudes e inconvenientes, antes de que el manuscrito del padre Rosales fuera de conocimiento público. Memoria Chilena. (2021). *Historia general del reino de Chile. Flandes Indiano*. Biblioteca Nacional de Chile. <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-3356.html>

¹⁶⁵ El Jesuita Diego de Rosales, en su libro Historia general del Reino de Chile, utilizará la expresión de Flandes indiano para referirse a la conquista de Chile, haciendo un paralelismo con la guerra de Flandes o guerra de los 80 años. Que enfrascaron al Imperio Español en una extensa y cruenta guerra contra Francia, Inglaterra y Holanda desde 1568 a 1648 y que culminará con el tratado de Westfalia. Es precisamente en virtud de dicho tratado donde nace el orden mundial moderno

¹⁶⁶ Cervera, C. (2018). El guerrero indio que reemplazó sus brazos mutilados por cuchillas para luchar contra los españoles. ABC.es.

https://www.abc.es/historia/abci-guerrero-indio-reemplazo-brazos-mutilados-cuchillas-para-luchar-contra-espanoles-201806080155_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.cl%2F

¹⁶⁷ Mariño de Lobera, P. (1865). Op. Cit.

que de tanto en tanto interrumpen una tranquilidad fronteriza que durará 200 años. El Río Bio-Bio constituye el límite entre ambas naciones, y así el territorio ultra Bio-Bio fue conocido de entonces como “*La Frontera*”¹⁶⁸.

El profesor chileno Dr. José Manuel Zavala releva la existencia de 48 parlamentos o *koyantun*.¹⁶⁹ Esta institución de origen hispano sostiene y regula las relaciones interétnicas durante la larga noche colonial. En efecto, desde el primer parlamento de Concepción en 1612 hasta el último de ellos celebrado nuevamente en la ciudad de Negrete en el año 1804 permiten forjar una sólida relación de interdependencia, alianza militar y comercial entre españoles, criollos y mapuches. El profesor Zavala, en su obra sobre los parlamentos hispano—mapuches, define a esta institución:

“Como una institución de contacto interétnico que presenta una doble dimensión. Por una parte, constituye un acuerdo político que se materializa en un texto con validez jurídica. Es así como el Parlamento produce legítima o reafirma un tratado de paz. Constituido por capitulaciones o artículos. Y, por otra parte, constituye un evento político ritual en el que se materializan actos comunicativos, rituales económicos y políticos entre actores étnicamente diferenciados.

*Bajo su primera dimensión, El Parlamento ha sido abordado como instrumento político jurídico de la relación entre el Estado colonial español y el pueblo mapuche. Esta perspectiva ha prevalecido en los estudios históricos de lengua Briones y Carvajal. Bajo su segunda dimensión. El Parlamento ha sido comprendido como un espacio donde se materializan las relaciones sociopolíticas y culturales interétnicas. Entre la sociedad hispano-chilena y la sociedad mapuche. Es la perspectiva que ha sido privilegiada desde una aproximación antropológica.”*¹⁷⁰

En términos más simples los Parlamentos consistían en acuerdos escritos donde ambas partes – hispanos e indígenas— se comprometían recíprocamente a respetar la paz y

¹⁶⁸ Ferrando Keun, Ricardo. (2012) *Así Nació La Frontera. Conquista, Guerra, Ocupación, Pacificación 1550 – 1900*. UCT ed.

¹⁶⁹ Palabra mapuche para referirse al diálogo o intercambio.

¹⁷⁰ Zavala, J.M. (2015). *Los Parlamentos Hispano Mapuche 1593 -1803: Textos fundamentales*. Universidad Católica de Temuco ediciones. p 21.

las fronteras mutuamente convenidas, y a adoptar reglas de comercio común. La institución de los parlamentos rigió las relaciones interétnicas durante el periodo colonial y hasta entrada la república, siendo el último de ellos celebrado en la localidad de *Tapihue* en 1825¹⁷¹. La paz colonial, el mestizaje, el sincretismo católico, las relaciones mutuas de amistad entre indígenas y castellanos van lentamente forjando la cultura e identidad chilena. La paz nacida de los parlamentos permitió el florecimiento del comercio, el arte, orfebrería, el intercambio cultural entre hispanos e indígenas fue profuso e intenso estimulando las relaciones de amistad y lealtad entre las partes. En el mundo mapuche la cultura mapuche florece, muta y se adapta, el castellano y luego el criollo se va permeado por la cultura mapuche la negociación, la política y el diálogo reemplazan el tronar de las armas.¹⁷²

Durante la larga noche colonial al norte del Biobío los pueblos indígenas van lentamente fusionándose con el conquistador europeo a través del mestizaje, la encomienda y la fe cristiana. Sin embargo, al sur del Biobío los mapuches mantienen, refuerzan y consolidan su cultura a partir de la prosperidad proveniente del comercio y la autonomía política, así la “*Paz de Arauco*” se mantuvo imperturbable hasta el siglo XIX.¹⁷³

Sin embargo, la invasión francesa a España por Napoleón y la prisión del rey Fernando VII en Bayona el año 1807 desatarán una vorágine de acontecimientos que cambiarán el panorama americano para siempre. La guerra civil de independencia – 1810 a 1830 — cambiará la fisonomía de las relaciones de poder entre indígenas y no indígenas.

En efecto, la independencia y los complejos procesos de reacomodo que le siguieron permear profundamente en el territorio indígena fracturando intereses y lealtades tanto interna como externamente. Durante la independencia una parte mayoritaria de las parcialidades mapuche mantuvieron su lealtad con la corona, conformando una parte significativa del ejército realista, otros, los menos, apoyaron al bando patriota. La derrota

¹⁷¹ La localidad de Tapihue se encuentra en la actual comuna de Yumbel, Región del Biobío. En 1825 y en el marco de las guerras de independencia nacional el bando patriota —y que a la postre vencedor en la guerra civil de independencia chilena— sigue la práctica colonial de parlamentar con los indígenas a fin de mantenerlos ajenos a la guerra. El Parlamento de Tapihue se considera el último de los parlamentos hispano-mapuches y el primero de la época republicana.

¹⁷² Bengoa, J. (2000). Op cit.

¹⁷³ Ferrando Keun. Ricardo. (2012). Op cit.

española significó cruentas represalias en el mundo mapuche, entre aquellos caciques que apoyan uno u otro bando. La derrota reconfiguró las relaciones internas del mundo mapuche dividiéndose entre aquellos caciques dispuestos a negociar con el estado chileno y argentino y aquellos que mantuvieron la lealtad a la corona.

“Los viejos caciques apoyaron con intensidad a los bandos en disputa, fueran monárquicos o republicanos, para luego, una vez consolidada la independencia, y vencidos los primeros, apoyar, según sus intereses, a los diferentes proyectos políticos y económicos que estaban detrás del afianzamiento del Estado nacional chileno y argentino. Zanjada la suerte del ejército realista en la zona central, en la Frontera, la guerra devino en lo que Benjamín Vicuña Mackenna definió’ como “la guerra a muerte”¹⁷⁴.

La guerra a muerte se caracteriza por ser un periodo posterior a la independencia formal de la república de Chile, donde los soldados restantes del ejército español y sus aliados indígenas iniciaron una guerra irregular de montoneras en que los ideales políticos se mezclaron con el pillaje y vandalismo. En este periodo convulso los bandos en disputas actuaron con notable crueldad, esta guerra de guerrillas se focalizó en la frontera del Bio bío y las pampas argentinas concluyendo con la derrota definitiva del bando “realista” y sus aliados mapuches en manos del ejército chileno-argentino en lagunas de Epulafquen.¹⁷⁵ Una vez finalizada la independencia, los caciques mapuches comprendieron el peligro que los nuevos estados significaban para la autonomía de su territorio indígena.¹⁷⁶ Mientras algunos caciques optaron por la vía diplomática como mecanismo de relación, otros se prepararon para una guerra que creían inevitable los caciques mapuche tomaron partido en uno u otro bando. Sin embargo, algunos caciques recurren a estrategias aún más audaces buscando apoyos más allá de las fronteras nacionales.

¹⁷⁴ Jaccard, D. (2019). *Una monarquía constitucional: El Experimento monárquico de Orllie Antoine de Tounens y El reino de la Araucanía*. Universidad Católica de Temuco Ediciones, 247 págs.. p 16.

¹⁷⁵ Actual provincia de Neuquén, Argentina.

¹⁷⁶ La división organizada en Chillán estaba conformada por 200 granaderos a caballo, los 264 hombres del Batallón Carampangue, los 200 del Valdivia y los 240 del Maipú conformaban la infantería; la tropa era completa por 30 milicianos chillanejos y 80 auxiliares pehuenches. Barros Arana, D. (2001). *Historia general de Chile*. Tomo XVI. Santiago: Universitaria, pp. 78. ISBN 978-9-56111-586-6.

En efecto, en el año de 1858 el interés de Francia en el control del estrecho de Magallanes abre la puerta para una osada iniciativa mapuche al solicitar el apoyo militar francés. Las razones radican en una simple pero compleja estrategia de sobrevivencia que en nada se vincula a una predilección por la monarquía de Napoleón III. Como relata el historiador Jean François Gareyte, el avance constante en territorio mapuche por parte de argentinos y chilenos, inquietaba profundamente a los caciques mapuche. Ello estimula la exploración de alianzas militares con potencias extranjeras, para de este modo proteger su tierras, territorio y autonomía, en esta búsqueda todos los recursos eran considerados legítimos. Al menos así pensaron algunos caciques cuando hacia 1860 un aventurero francés de nombre Orllie Antoine proveniente de Tounens realiza una propuesta arriesgada y los caciques mapuche deciden jugarse al todo o nada:

“Una carta llegó hasta donde uno de los caciques principales de La Araucanía. La firmaba un tal Orllie-Antoine de Tounens. En la misiva le ofrecía su ayuda para formar una gran confederación, que podría contar con el reconocimiento diplomático y militar de Francia. El cacique mapuche lo pensó. Le envió una carta de vuelta. Aceptaba reunirse con él en el cerro Adencul en la Araucanía (cerca de Traiguén) para conversar. Entusiasmado, Orllie viajó al sur”¹⁷⁷

En este contexto la intervención europea no debe considerarse una novedad, sino, más bien, un símbolo de época. Un fenómeno propio de la expansión del capitalismo colonial. La exploración de nuevos mercados, la expansión territorial y consolidación de esferas de influencia entre las grandes potencias decimonónicas forman parte del telón de fondo de esta historia. En noviembre de 1860 en la zona de *Adenkul*, y con el apoyo de los más grandes caciques de la Araucanía y la Patagonia, Antoine es declarado por los mapuches como Rey de La Araucanía y La Patagonia.¹⁷⁸ Luego de su unción el rey promulga una constitución que regirá el gobierno de su reino, procediendo a nombrar sus ministros, entre ellos a los caciques principales de la Araucanía.

¹⁷⁷ Jaccard, D. (2019). Op. Cit.

¹⁷⁸ Adenkul se encuentra en la comuna de Traiguén, Provincia de Malleco en el corazón de la Región de La Araucanía de Chile.

“Orllie-Antoine I, redactó y firmó un decreto creando una monarquía constitucional y hereditaria para una nación que se llamaría “Nueva Francia”, en el territorio de la Araucanía”¹⁷⁹

Una vez coronado Orllie Antoine procedió a realizar el rito real y fue investido y coronado como rey de los mapuche y gobernante único de la Araucanía y Patagonia:

“Se vistió para ajustar la imagen de un rey, con un poncho blanco y negro fina- mente tejida, botas brillantes, hebilla de cinturón de plata y las espuelas y una larga espada en una vaina con incrustaciones de oro. Llevaba su abundante pelo largo y se sujeta sobre su frente con una cinta para el pelo rojo en la moda de la India, su porte era majestuoso e impresionante. Tan pronto como apareció, un rumor comenzó a extenderse entre las tribus proclamando la llegada del esperado hombre blanco”¹⁸⁰

La intervención de Antoine fue breve pero decisiva, la pronta actuación del ejército chileno y luego argentino, permitió frenar la aventura monárquica indígena. El rey Orllie fue apresado a los meses de su coronación y enviado a la ciudad de los Ángeles al norte del Biobío para ser sometido a juicio y luego ser declarado demente por el tribunal militar ordenando su expulsión del país y enviado a Francia, a pesar de su exilio el rey decide volver nuevamente a su reino y emprende un segundo viaje, intentando asegurar previamente el apoyo de Napoleón III, con quien se reúne en varias oportunidades.¹⁸¹ En el año 1867 Antoine retorna a sus dominios siendo apresado en el puerto argentino de Carmen de Patagones y expulsado nuevamente de vuelta a su país. Muchos autores sostienen que la aparición del aventurero francés fue el elemento decisivo para inclinar la intervención y ocupación militar del territorio indígena por ambos países. Estas campañas se realizaron en perfecta coordinación entre el ejército chileno y argentino y se tradujeron en las denominadas “Guerra del Desierto” en Argentina y “Pacificación de La Araucanía” en Chile la primera liderada por el militar Julio Argentino Roca y la segunda por el general chileno Cornelio Saavedra.

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ Pairican, F. (2014). *Malón. La rebelión del movimiento mapuche 1990-2013*. Pehuén.

La parte final de la guerra de anexión del territorio mapuche al Estado de Chile tuvo lugar desde 1867 y concluyó en 1883.¹⁸² Este conflicto terminó con la derrota militar absoluta de los mapuches a ambos lados de los andes y la incorporación definitiva de su territorio a la jurisdicción nacional tanto de Chile como de Argentina¹⁸³.

2.2.- Ocupación definitiva del territorio indígena y radicación de los mapuches.

La última fase de ocupación del territorio mapuche comienza en el año 1867 pero rápidamente asuntos más urgentes paralizan la campaña militar, primero la guerra con España y luego la guerra con el Perú y Bolivia requieren toda la atención del estado chileno. El estallido de la guerra en el desierto de Atacama por la propiedad de la industria salitrera enfrenta entre 1879 y 1883 a las repúblicas andinas. El triunfo chileno en las campañas del norte foguean a un ejército de reclutas, quienes son enviados hacia el sur a fin de terminar con el “*problema mapuche*”.¹⁸⁴ Los ingentes recursos del salitre ahora en manos chilenas incrementan el gasto militar y estimulan las ansias por terminar el *molesto* problema indígena.¹⁸⁵

El ejército, inicia su incursión desde el norte del Biobío avanzado paulatinamente hacia el sur mediante un sistema de líneas de fuerte militares, durante la guerra de pacificación los mapuche no fueron rivales para un ejército chileno recientemente vencedor en la cruenta guerra del pacífico. El ejército chileno— tal vez el más poderoso de América en

¹⁸² La Guerra de Pacificación duró 3 años, desde 1880 hasta 1883 y terminó con la refundación de la ciudad de Villarrica el 1 de enero de 1883. La ciudad fundada por el conquistador Pedro de Valdivia había sido destruida por los mapuches durante el gran levantamiento de los conquistadores españoles durante el siglo XVII. Su refundación en el mismo lugar de su original marca el fin de la Guerra de Arauco y la derrota total de los Mapuche. cómo se cita en: Bengoa, J. (2000). *Historia del Pueblo Mapuche*. LOM Ed.

¹⁸³ Cabe destacar que en 1881, los gobiernos de Chile y Argentina celebraron el tratado de límites que establece la demarcación definitiva de las fronteras entre ambos países. Los límites entre ambos se encontrarán determinados por las más altas cumbres de los andes. Correspondiendo la parte occidental para la república de Chile y la oriental a la argentina. Este tratado sella definitivamente la suerte del territorio mapuche que hasta entonces había mantenido su autonomía a través de los parlamentos. en Eyzaguirre, J. (1967). *Breve historia de las fronteras de Chile*. Ed. Andrés Bello.

¹⁸⁴ Bengoa, J. (2000). Op cit.

¹⁸⁵ Vicuña Mackenna, B. Como se cita en: Pinto Rodríguez, J. (2000). *La formación del estado y la nación, y el pueblo mapuche : de la inclusión a la exclusión*. <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-9268.html>.

esos momentos— contaba con tecnología militar de vanguardia que las lanzas y viejos arcabuces mapuche no podían responder. La entrada y conquista del territorio mapuche solo demoró 2 años siendo únicamente detenido por el rigor del clima patagónico.¹⁸⁶ La anexión denominada eufemísticamente como “guerra de pacificación” arrebató a los mapuche sus tierras, territorio y posesiones, junto a ello alteró profundamente su cultura y economía transformándola desde una ganadera hacia una agricultura de subsistencia. La ocupación, reducción y radicación del *wallmapu* transformó a la sociedad y cultura indígena en una cultura de la pobreza reducida territorialmente, encerrada en sí misma y despojada de todo poder político. En efecto, encontramos aquí el primer antecedente del actual conflicto mapuche, sobre el que se volverá más adelante.¹⁸⁷

Luego de la derrota militar el estado da inicio a la incorporación, colonización y radicación del territorio mapuche a la jurisdicción estatal. Los indígenas derrotados fueron despojados legalmente de sus tierras, para luego ser confinados – reducidos— a exiguas tierras de reserva que el Estado les había designado previamente y cuya propiedad es reconocida mediante la figura legal de los “Títulos de Merced” -o TM-. Unos años antes de la campaña militar en estado ya había aprobado una serie de leyes que regularían la propiedad en los territorios a ocupar. En efecto, en el año 1866 el gobierno había dictado la denominada *Ley de Radicación Indígena*. En ella dispone un conjunto de reglas sobre la propiedad de las tierras mapuche, adoptando la tesis de “*res nullius*” y reconociendo parcialmente la propiedad indígena mediante los “Títulos de Merced”.¹⁸⁸

Estos títulos de propiedad colectivos asignados por el Estado de acuerdo con el sistema de registro nacional de propiedad fueron entregados en “*segura y perpetua*” propiedad a los jefes indígenas y sus familias extendidas.¹⁸⁹ La radicación se inicia en 1881 inmediatamente terminada la guerra de pacificación y se extiende durante 4 décadas hasta la segunda década del siglo XX. Las tierras sobrantes de la reducción son asignadas a colonos nacionales y extranjeros traídos directamente desde Europa por el Estado de Chile para

¹⁸⁶ Bengoa, J. (2000). Op cit.

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ Vidal, A. (1999). Políticas Legislativas Indígenas en Chile, el caso de las Tierras y Territorios Mapuches. *Revista Cuhso*, (1), 67–111. <https://doi.org/10.7770/cuhso-v0n1-art211>

¹⁸⁹ Ley del 04 de Noviembre de 1866.

explotar las tierras recientemente anexadas y de ese modo "*transformarlas en productivas*",¹⁹⁰ otras – las menos- fueron rematadas a propietarios nacionales en subasta pública y adquiridas por los grandes propietarios y hacendados agrícolas de la zona central de Chile.¹⁹¹

El proceso de reducción y radicación mapuche finalizó en el año 1927 con la dictación de la Ley No 4.111, esta normativa supuso, jurídicamente, el fin del proceso de radicación y el término de las entregas de tierras de reserva para los mapuche. El resultado del proceso de conquista y despojo legal termina con la entrega de un número aproximado de 3.000 T.M. que se concentran en el centro sur del país, en particular entre las regiones de Bío-Bío y Araucanía y Los Lagos.¹⁹² Al final del proceso de radicación los mapuche quedaron confinados a un número de 500 mil hectáreas de tierras en contraste a los 10 millones de hectáreas previos a la ocupación militar.¹⁹³

La fase que siguió a la ocupación militar y radicación de tierras a los mapuche en el centro sur de Chile (1900-1970) fue un proceso de asimilación acelerada de los indígenas. Este proceso buscaba la rápida incorporación de los mapuches a la sociedad nacional. En efecto resultaba indispensable generar la lealtad de los derrotados con los respectivos estados nacionales chileno y argentino siendo además necesario incorporar a la población indígena a la fuerza laboral chilena. Para lograr este objetivo fue necesario transformarlos en ciudadanos chilenos no sólo despojándolos de sus tierras, territorios y recursos naturales, sino también despojándose de su identidad indígena, cultura, religión y su idioma. En consecuencia, resulta necesario despojarles todo vestigio del "*primitivismo y salvajismo*", para insertarles en la modernidad la conquista obedeció entonces *a una misión civilizatoria*.¹⁹⁴

En la actualidad, los mapuches están confinados a una pequeña parte de sus territorios originales, equivalente al 5 % de sus tierras ancestrales, localizándose

¹⁹⁰ Vidal, A. (1999). Op. Cit.

¹⁹¹ Vidal, A. (1999). Op. Cit.

¹⁹² Bengoa, J. (2000). *Historia del Pueblo Mapuche*. LOM Ed.

¹⁹³ Vidal, A. (1999). Op. cit.

¹⁹⁴ Bengoa, J. (2014). *Mapuche, colonos y el Estado Nacional*. Catalonia Ed.

principalmente en las provincias del sur de Chile y Argentina (La Araucanía, Los Lagos, Los Ríos y Aysén en Chile; y Neuquén, Chubut, Río Negro y Santa Cruz en Argentina).¹⁹⁵

Con todo, a pesar de las implacables políticas de aculturación implementadas por el Estado de Chile la asimilación terminó fracasando. Por el contrario, la habilidad y resiliencia indígena y mapuche en particular permitió la mantención de su cultura e idioma, que se mantuvo vivo en sus reservas indígenas. La sociedad mapuche post reduccional respondió rápidamente al proceso de aculturación integrando los códigos culturales de la sociedad mayor, organizándose y participando activamente en política nacional. Los mapuches adquirieron temprana conciencia de la importancia del poder político como herramienta de respuesta de los problemas de su pueblo. Esto fue particularmente notorio durante los años de la dictadura militar de Pinochet —1973-1990— donde al amparo de la iglesia católica trabajan laboriosamente en la mantención y resguardo de su identidad, formando organizaciones de revitalización lingüística y cultural.¹⁹⁶

Desde el retorno a la democracia chilena en marzo de 1990, el clivaje étnico ha emergido con particular intensidad en la agenda política nacional y constituye hoy uno de los principales desafíos para la democracia y paz social. La intensidad de la movilización ha dado lugar al nacimiento del concepto “*conflicto mapuche*” y que ha sido utilizado desde los medios para englobar las múltiples demandas etnonacionales del pueblo mapuche de distinta intensidad y naturaleza.¹⁹⁷ En las últimas dos décadas, desde el 2000 a la actualidad, la movilización indígena ha adquirido una intensidad evidente, copando la agenda política por su particular energía, su expresión extrainstitucional y la inusitada violencia que paulatina pero sostenidamente ha adquirido. Esta movilización indígena desborda ampliamente la institucionalidad gubernamental diseñada por los gobiernos democráticos poniendo en riesgo la convivencia nacional. Este fenómeno da cuenta de que la relación con los pueblos indígenas, especialmente con el pueblo mapuche, constituye uno de los principales asuntos pendientes de nuestra democracia.

¹⁹⁵ Ver mapa en anexo 1 de este trabajo.

¹⁹⁶ Bengoa, J. (2002). Op. Cit.

¹⁹⁷ Volveremos sobre este concepto más adelante en este mismo capítulo.

3.- El modelo de acomodación de los gobiernos democráticos. El Pacto de Nueva Imperial, desde la esperanza a la decepción.

La década de los noventa comienza con escenario prometedor para los indígenas, el plebiscito del 5 de octubre de 1988, puso término a la dictadura militar y un año más tarde es suscrito un acuerdo político entre las organizaciones indígenas y el candidato de la oposición Patricio Aylwin Azócar en la ciudad de Nueva Imperial, este acuerdo marcará la ruta de relación entre indígenas y estado hasta nuestros días.¹⁹⁸

El denominado “*Pacto de Imperial*” dio inicio a una nueva relación entre el estado de Chile y los pueblos indígenas.¹⁹⁹ Este pacto consistió en un acuerdo entre las organizaciones indígenas y la oposición democrática a la dictadura. El compromiso consistía en la creación de una nueva relación entre el Estado e indígenas basada en la valoración de la diversidad nacional su contenido principal se resume en tres ejes centrales: uno, la modificación de la constitución de 1980 y el reconocimiento constitucional de los indígenas; dos, la dictación de una nueva ley que proteja las tierras indígenas, la promoción y desarrollo de los pueblos indígenas; tres, la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígena y Tribales en Países Independientes recientemente aprobado en 1989.

La materialización de cada uno de los compromisos suscritos en Nueva Imperial correría una suerte distinta según se expondrá. Sobre este momento histórico, el profesor Fernando Pairican consigna con vivida memoria en su libro el *Malón*:

“El objetivo [del pacto] era firmar un compromiso acerca de la política indígena para los tiempos de la transición democrática. No faltó ningún dirigente del atomizado movimiento mapuche, encabezado hasta ese tiempo por Ad-Mapu, pero

¹⁹⁸ La ciudad de Nueva Imperial se encuentra emplazada en la Región de La Araucanía. Su población asciende a las 35.000 personas, en su mayoría mapuches. Se encuentra ubicada a 30 km hacia el oeste de Temuco, capital de la Región. Fue fundada en 1881 en el marco de la denominada pacificación de la Araucanía. Su caracterización geográfica y sociopolítica es posible de encontrar en su página oficial: <https://www.nuevaimperial.cl/home>

¹⁹⁹ Fundación Patricio Aylwin. (2023). El acuerdo de Nueva Imperial. <http://fundacionaylwin.cl/el-acuerdo-de-nueva-imperial/>

resquebrajado desde 1987. El escenario era pequeño en el teatro de la escuela. Los mapuches ingresaron marchando y gritando las consignas del movimiento, hasta que por la tarde llegó Patricio Aylwin, líder de la Concertación de Partidos por la Democracia y miembro histórico de la Democracia Cristiana.

Las pifias resonaron cuando Aylwin señaló su desacuerdo con la exención de impuestos a las propiedades mapuche, pero terminó en aplausos cuando se acordaron los compromisos que, entre otros puntos, señalan una reforma a la Constitución de la República para que se reconociera legalmente a los pueblos indígenas; el envío de una nueva ley indígena, la creación de una comisión con participación indígena; la revocación [derogación] del Decreto Ley de 1979 que dividió las reducciones en propiedades individuales; y la ratificación del convenio 169 de la OIT.

Los pueblos indígenas, en específico el pueblo mapuche, debían comprometerse a canalizar sus demandas por la vía institucional hipotecando la recuperación de tierras como instrumento de presión política. El atomizado movimiento mapuche discutió gran parte de la noche ese punto, José Santos Millao uno de los personajes de la historia mapuche bajo la dictadura militar dudaba en comprometer el instrumento más importante de la lucha de su pueblo, luego de ser ocupado por el Estado chileno a fines del siglo XIX.”²⁰⁰

Como contrapartida, los indígenas y en particular los mapuche se comprometían a renunciar al camino extrainstitucional en sus demandas por tierras y territorios, de este modo se buscaba garantizar la frágil estabilidad de la transición democrática. En efecto, los dirigentes de todos los pueblos originarios presentes en Nueva Imperial firmaron un documento que delineaba las características de la transición democrática y la nueva relación con los pueblos indígenas. Casi todas las organizaciones indígenas estuvieron a favor del pacto. Sin embargo, algunas organizaciones mapuches, se mostraron reticentes frente al acuerdo, especialmente aquellas conformadas por los dirigentes más jóvenes, que no habían tenido una intervención protagónica en la lucha contra la dictadura. Gran parte de quienes sí suscribieron el acuerdo al poco tiempo ingresaron como parte de los nuevos cuadros de la

²⁰⁰ Pairican, F. (2014). Malón. Pehuen Ed.

naciente democracia y a la nueva institucionalidad indígena. Los jóvenes que sintieron en el pacto como una imposición relevaron a la generación anterior, rompiendo en gran medida sus vínculos y lealtades con los partidos tradicionales tan fuertemente estrechadas en la contra Augusto Pinochet y su dictadura.²⁰¹

En su mandato el presidente Aylwin procedió a enviar un conjunto de proyectos de ley al parlamento que buscaban responder a los compromisos de Nueva Imperial. De ellos, sólo la ley indígena alcanzó a ver la luz dentro de su mandato. En efecto, la aprobación del convenio Internacional N.º 169 de la OIT, se materializó con dieciocho años de retraso, al ser ratificado recién en 2008; mientras las reformas constitucionales que reconocen a los pueblos indígenas siguen esperando su materialización la que se encuentra aún pendiente en el parlamento.

Con todo, fue noviembre de 1989 en la ciudad de Nueva Imperial se selló la ruta de navegación política que dio inicio a la transición democrática chilena y que constituirá el norte de las políticas indígenas hasta el año 2020 con sus luces y sombras. En los siguientes párrafos se describe el modelo de acomodación de la diversidad basado en reconocimientos de baja intensidad que se ha implementado desde 1990. En lo que sigue será abordada la suerte seguida por cada uno de los compromisos asumidos por la democracia con los pueblos indígena.

3.1.- Ley Indígena y Ley Lafquenche. Reconocimiento de derechos de baja intensidad.

La ley indígena fue el primero de los compromisos de Imperial, su materialización tuvo que recorrer un largo camino de tramitación legislativa hasta convertirse en ley. En este periplo, capítulos y disposiciones fundamentales fueron modificadas, eliminadas por parte del congreso, o bien sustituidas por otras normas de menor intensidad. En la tramitación legislativa, conceptos originales del proyecto como pueblos, territorios indígenas, y derechos sobre recursos naturales fueron excluidos del texto definitivo, por considerarse inconstitucionales, otros tantos fueron sustituidos por conceptos de significado diferente, como etnia, áreas de desarrollo indígena y consulta indígena. Sin embargo, a pesar de estos

²⁰¹ Ibidem.

obstáculos, el proyecto de ley fue aprobado por unanimidad en 1993. No obstante, de los inconvenientes sufridos la *ley indígena N.º 19.253* contó con el apoyo de una amplia mayoría de las organizaciones indígenas de todo el país.²⁰²

La nueva normativa fue aceptada por todos los actores políticos de la época como un avance significativo en el reconocimiento de los derechos indígenas. Un segundo hito legislativo ocurre en el año 2008 cuando el congreso aprueba la denominada *Ley de Uso Ancestral del Bordo Costero* o Ley N° 20.249 de 2008 o Ley Lafkenche. Esta última normativa viene a complementar la legislación indígena nacional, al establecer el acceso de los pueblos indígenas al territorio marítimo costero, dicha ley fue denominada como la Ley Lafkenche atendiendo el nombre de las organizaciones indígenas que participaron en su dictación. Junto al Convenio 169 de la OIT constituyen lo que se denomina como *Corpus Legislativo Indígena* en Chile, es decir:

*“El conjunto de normas de rango legal o superior que reconocen derechos colectivos e individuales específicos a los pueblos indígenas de Chile y que establecen un modelo atenuado de reconocimiento de la diversidad étnica.”*²⁰³

Sobre este corpus versarán los siguientes párrafos que siguen donde se efectuará un sobrevuelo panorámico de las principales disposiciones que lo conforman, comenzando por la ley indígena, la ley lafquenche y el convenio 169 de la OIT.

3.1.1.- Dictación de ley indígena N.º 19.253 de 1993.

El primero de los compromisos del imperial consistió en la dictación de la ley 19.253. El proyecto original fue enviado en octubre de 1991 por el presidente al parlamento. Luego de una intensa discusión en ambas cámaras y de la modificación sustantivas centrales del proyecto este fue aprobada unánimemente por el parlamento en septiembre de 1993 para entrar en vigencia 05 de octubre de 1993 bajo el nombre de: *Ley N° 19.253 Sobre normas*

²⁰² Congreso Nacional de Chile (2022). *Historia de la Ley 19253/1993. Protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas.*

²⁰³ Definición de elaboración propia.

sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena - CONADI-.²⁰⁴

La ley de 1993 en su texto definitivo comprende ochenta artículos, divididos en ocho títulos y un título final, y contempla dieciocho disposiciones transitorias. La normativa abarca un amplio espectro de contenidos concentrándose principalmente en disposiciones de protección a las tierras indígenas. En sus primeros artículos define quiénes son indígenas y cuáles son las principales *etnias* de Chile. Luego, establece normas de protección a la cultura indígena, para en su capítulo III definir las tierras indígenas, consignando sus normas de resguardo, prohibiciones y limitaciones. Más adelante, incorpora disposiciones de reconocimiento a derechos culturales, como la salud y la educación. En su parte final consagra normas procesales en materia judicial y concluye con la creación de una institución pública al servicio de los pueblos indígenas (CONADI), definiendo su misión, estructura y funcionamiento.²⁰⁵

Esta normativa se basa y articula en torno a tres principios centrales que se encuentran enunciados en el artículo 1 de la Ley 19.253.²⁰⁶ Estos lineamientos tienen la función de irradiar las disposiciones del texto e inspirar su interpretación.

²⁰⁴ Congreso Nacional de Chile (2022). *Historia de la Ley 19253/1993. Protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas*. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7053/>

²⁰⁵ CONADI, es la sigla para referirse a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Servicio público descentralizado con patrimonio propio encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional. Sus funciones y atribuciones están definidas en el artículo N.º 38 y siguientes de la Ley. Congreso Nacional de Chile (2022). *Historia de la Ley 19253/1993. Protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas*. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7053/>

²⁰⁶ Ley Indígena N.º 19.253, Artículo 1º: “*El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, Diaguita y Chango del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores. Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación*». Ministerio de Planificación y Cooperación “. (1993). Ley

El legislador consagra en primer término el principio de la “*protección de las tierras indígenas*”.²⁰⁷ La ley señala que “*la tierra constituye el fundamento principal de la existencia y la cultura de los indígenas y sus comunidades*”, y establece que el Estado tiene una obligación negativa consistente en la protección de las tierras indígenas y otra positiva cual es velar por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.²⁰⁸

Para cumplir la primera el legislador dispuso un conjunto de protecciones y restricciones legales que buscaban impedir la fragmentación de la ya reducida propiedad indígena. En concreto, estos resguardos se expresaron en prohibiciones de enajenación, la prohibición de subdivisión de la tierra indígena, incorporación de limitaciones a la celebración de contratos de arriendos y restricciones a la circulación de los bienes indígenas.²⁰⁹

La segunda obligación —de ampliación de la propiedad— se materializa en la creación de un *Fondo de tierras y Aguas Indígenas* (en lo que sigue FTAI).²¹⁰ El FTAI tiene como objetivo central la compra de tierras y derechos de agua en favor de los indígenas y sus comunidades. En efecto, el fondo permite adjudicar subsidios del Estado tanto a personas como a comunidades para comprar tierras no indígenas o tierras ancestrales, que pueden ser adquiridas de manera individual o comunitaria. En la misma línea, el FTAI incorpora subsidios para la adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas en favor de los indígenas y sus comunidades. Huelga relevar que esta es una norma excepcional, toda vez que la ley indígena prácticamente no contempla normas relativas a los recursos naturales y derechos de agua en concordancia con la ausencia de normas de protección de las aguas en nuestra legislación.²¹¹

19.253/1993, del 5 de octubre, que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ Congreso Nacional de Chile (2022). Artículos N° 13 y 17. [Ley 19.253/1993]. 05 de octubre, que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7053/>

²¹⁰ Ibidem, art. 20.

²¹¹ Jaccard, D. (2021). *El Agua, Derechos Humanos, Pueblos Indígenas. Propuestas de gobernanza de un marco legal - constitucional para el desarrollo sustentable*. Fundación Aitue.

El segundo principio consiste en “*La protección y valoración de las culturas indígenas, así como su integridad y desarrollo de acuerdo con sus costumbres y valores*”.²¹² En virtud de este principio, el legislador establece normas y programas orientados a promover el desarrollo indígena, y el resguardo de sus culturas, religiosidad y cosmovisión. El Estado debe fomentar la salud intercultural, promover la educación bilingüe, e incorporar un reconocimiento limitado del pluralismo jurídico al considerar la existencia de la costumbre indígena como fuente del derecho. La ley agrega —de un modo poco afortunado— que las culturas indígenas serán valoradas exclusivamente por ser estas “*parte esencial de las raíces de la Nación chilena*”.²¹³ Es decir, a pesar del reconocimiento de la preexistencia indígena, el Estado se concibe a sí mismo como homogéneo y mono nacional.

Finalmente, el legislador de 1993 reconoce un tercer y último principio, que consiste en la “*Promoción de la participación indígena en la definición de políticas públicas susceptibles de afectarles directamente*”.²¹⁴ Este principio se expresa en la definición de las políticas públicas implementadas por el Estado y en la obligación de considerar a las comunidades en la definición de materias que tengan injerencia, relación o puedan afectar directamente a los pueblos indígenas. Esto se materializa en la elección de los consejeros que forman parte del directorio de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena -CONADI-. Del mismo modo, se manifiesta en el derecho de los indígenas a ser consultados y a participar en los distintos niveles de decisión establecidos por el Estado. Con todo, este reconocimiento a la participación indígena es un reconocimiento de baja intensidad, pues se manifiesta en el derecho a *ser oídos* respecto a los proyectos de inversión que les atañen directamente, y participar de la coestión de las áreas silvestres protegidas y en la creación de las denominadas Áreas de Desarrollo Indígena -en adelante ADIs-.

En cuanto a las ADIs, vale la pena detenerse brevemente, toda vez que es la única figura contemplada en la ley indígena que incorpora la idea de territorialidad indígena. Si

<https://www.fundacionaitue.cl/wp-content/uploads/2022/06/El-Agua-Derechos-Humanos-y-Pueblos-Ind%C3%ADgenas-Aitue-2022.pdf>

²¹² Ibidem.

²¹³ Ibidem.

²¹⁴ Congreso Nacional de Chile (1993). Artículo 1º [Ley 19.253].

<https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/7053/>

bien el proyecto original incorporaba la creación de territorios indígenas esta noción fue suprimida durante el proceso de aprobación legislativa sustituyéndola por las actuales Áreas de Desarrollo, como finalmente se consagra en la normativa actual. En efecto el artículo 26 de la ley 19.253, define las áreas de desarrollo indígena como:

*“Espacios territoriales en los que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades”.*²¹⁵

Las ADIs. son definidas, determinadas y reconocidas por el Estado en base a criterios territoriales, densidad poblacional, número de comunidades indígenas, homogeneidad ecológica o ecosistémica. Se trata de entes administrativos creados desde los órganos de gestión de la política indígena que se caracterizan por que el Estado focaliza su actuar en beneficio de las comunidades indígenas y su desarrollo que las integran. La participación indígena no es un elemento a considerar en su conducción ni menos en la dirección de ellas, siendo las comunidades indígenas sólo objeto de la política pública estatal. Sin embargo, hasta ahora esta herramienta se ha utilizado para concentrar y articular a servicios públicos a fin de establecer instrumentos y concentrar esfuerzos desde el estado hacia las comunidades en aquellos territorios de alta densidad de comunidades indígenas.²¹⁶

Dicho lo anterior, a pesar de las debilidades evidentes de la ley 19.253, y que se manifiestan tanto en la forma como en el fondo de la legislación, sus disposiciones constituyen un avance en el reconocimiento de los derechos indígenas en Chile cuestión evidente si comparamos con la legislación que le antecede. Dicho eso, luego de treinta años de vigencia, ha demostrado ser insuficiente por sí sola como herramienta de resguardo de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Es necesario relevar que durante sus años de vigencia muchas de estas fragilidades han sido subsanadas a partir de la entrada en vigor

²¹⁵ Congreso Nacional de Chile (1993). Artículo 26 [Ley 19.253]. El Ministerio de Planificación y Cooperación, a propuesta de la Corporación, podrá establecer áreas de desarrollo indígena. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7053/>

²¹⁶ Congreso Nacional de Chile. (2022). Artículo 26 . [Ley 19.253/1993]. 05 de octubre. Áreas de Desarrollo Indígena. <https://www.conadi.gob.cl/areas-de-desarrollo-indigena>

de normativas complementarias, como el Convenio 169 de la OIT²¹⁷ y la Ley 20.249 de 2008 o Ley Lafquenche.²¹⁸

3.1.2.- Ley Lafquenche o Ley N 20.249 de 2008 y el territorio marítimo indígena.

La Ley Lafquenche, nace como un complemento a la ley indígena de 1993 y fue dictada durante primer gobierno de la presidenta Michelle Bachelet -2006-2010-; esta ley amplía la protección de las tierras y territorios marítimos de los pueblos indígenas proyectando la protección y resguardo legal a los territorios marítimos ancestrales de los pueblos indígenas. El legislador expresa como su objetivo central de dicha norma el reconocimiento y protección del uso ancestral de espacios marítimos de los pueblos indígenas, estableciendo mecanismos de protección de dichos espacios para fines culturales, religiosos y de preservación ecosistémica.

La ley contempla la creación de la figura administrativa de los Espacio Costero Marítimo de los Pueblos Originarios -ECMPOs-, para la preservación de los usos y costumbres indígenas. En su artículo 2 los define como:

“Espacio costero marino de pueblos originarios: es un espacio marino delimitado, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido el uso consuetudinario de dicho espacio.”²¹⁹

Dichos espacios son reconocidos a las comunidades o asociación de comunidades indígenas que lo soliciten y logren demostrar su uso ancestral. Asimilándose a la figura jurídica de concesión administrativa de uso sobre un cuyo dominio pertenece a la nación toda como es el borde costero. Este permiso de uso tradicional tiene en principio con carácter

²¹⁷ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (1989). Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

²¹⁸ Congreso Nacional. (2008). Artículo 2°. Ley N° 20.249/2008, que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios.

²¹⁹ Congreso Nacional. (2008). Artículo 2°. Ley N° 20.249/2008, que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=269291>

indefinido, siempre y cuando no existan derechos constituidos por terceros en dicha área y CONADI verifique los usos y costumbres ancestrales argumentados por las comunidades indígenas solicitantes.²²⁰ La normativa del 2008 crea un procedimiento de constitución de los ECMPOs y los mecanismos de solicitud y prueba del uso ancestral y consuetudinario, como asimismo las causales de caducidad de la concesión.

El sustrato de esta norma estriba en el reconocimiento de la cultura y territorio de los pueblos indígenas, y por otro lado viene en llenar el vacío dejado por la ley indígena en relación con el uso y utilización de los recursos marinos de los pueblos indígenas. Si bien esta ley da normas de resguardo a las comunidades costeras desde el sector privado se sostiene genera especulación e incertidumbre en el sector pesquero. Al respecto se ha señalado:

“La principal herramienta de discriminación positiva es que la interposición de la solicitud suspende la tramitación de otras solicitudes de acceso al mismo espacio que, de conformidad a la regla general, tienen preferencia según su orden de presentación.... Lo anterior, desde la perspectiva de cómo una ley nacida con todas las buenas intenciones, puede terminar, atendida su falta de claridad y precisión, generando una serie de problemas producto del uso y sobre todo el abuso de sus normas.”²²¹

La ley Lafquenche sigue siendo altamente controvertida pues el procedimiento de constitución de los espacios de uso ancestral es considerado excesivamente burocrático – al menos 5 años de duración desde la solicitud— lo que la transforma en una ley una herramienta poco eficiente de garantía.²²² Adicionalmente la laxitud de sus disposiciones da pábulo para su utilización de forma abusiva como ha sucedido con solicitudes presentadas

²²⁰ Ibidem.

²²¹ Ibidem.

²²² Correa, E. (2022). Ley lafkenche: El cambio al infierno está lleno de buenas intenciones. *El dinamó*. <https://www.eldinamo.cl/opinion/2022/07/28/ley-lafkenche-el-camino-al-infierno-esta-lleno-de-buenas-intenciones/>

que perseguían finalidades especulativas de concesiones marítimas industriales, en palabras simples permite el abuso del derecho.²²³

3.1.3.- El Convenio 169 de la OIT de 1989 y su ratificación en Chile.

La historia del convenio N.º 169 nace en 1989 año que fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), denominado oficialmente como “*Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes*”.²²⁴ Este instrumento tiene su origen en la revisión del Convenio 107 de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales y busca superar la mirada asimilacionista hacia los indígenas valorando su existencia y reconociendo derechos colectivos de autodeterminación, sobre las tierras, territorios y recursos naturales y el derecho a participar en los asuntos que les atañan o sean susceptibles de afectar directamente a los indígenas y sus comunidades.²²⁵

La ratificación del convenio 169 de la OIT constituyó el segundo de los compromisos suscritos en Nueva Imperial por el presidente Aylwin. Su texto fue enviado al parlamento para su aprobación en 1990 durante el primer mandato democrático. Sin embargo, más allá del compromiso presidencial, su tramitación terminó empantanada en los recovecos del congreso chileno. Debido a ello los pueblos indígenas debieron esperar 18 años para su ratificación y entrada en vigor. Durante el proceso de ratificación legislativa este instrumento internacional incluso debió sortear un intento de inconstitucionalidad presentado por sectores conservadores que veían en la ratificación de este instrumento un peligro para la unidad nacional.²²⁶

²²³ Álvarez, R. (2022, July 14). Pescadores Artesanales de Coronel manifiestan su preocupación por resolución sobre solicitud de comunidades indígenas. *Mundoacuicola*.

<https://www.mundoacuicola.cl/new/pescadores-artesanales-de-coronel-manifiestan-su-preocupacion-por-resolucion-de-sernapesca-sobre-solicitud-de-comunidades-lafkenche/>

²²⁴ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Art. 1. [Convenio 169 de 1989]. <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ Bengoa.2002. op cit.

El convenio constituye el único instrumento internacional actualmente vigente que contiene normas de reconocimiento de derechos colectivos a pueblos indígenas. En efecto, este instrumento internacional constituye el piso y el techo de los derechos indígenas en el ámbito internacional. El Convenio ha sido definido como un:

*“Instrumento internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales más completo, cuya influencia va más allá del número de países que actualmente lo han ratificado”.*²²⁷

Se argumenta que este instrumento establece acuerdos mínimos para la relación entre Estado e indígenas, sin embargo, entre sus detractores se sostienen que sus disposiciones y reconocimiento limita el ejercicio de los derechos indígenas, otorgándoles a estos pueblos un estatus de segundo orden como sujeto de derechos internacional, toda vez que reconoce una autodeterminación limitada en versión autonomía dentro del Estado. Por su parte el ex relator de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas Dr. James Anaya indica que:

*“El convenio N° 169, al reconocer derechos colectivos de los pueblos indígenas como tales, dejando atrás el reconocimiento de derechos individuales de personas indígenas, produjo una innovación en el derecho internacional de los derechos humanos que a esa fecha estaba articulado en base a derechos individuales. Agrega que el reconocimiento de derechos colectivos que tienen como beneficiarias a comunidades de raigambre histórica y no a individuos o a los Estados, se enfrenta con la dicotomía Individuo/Estado que perdura en las concepciones dominantes sobre la sociedad humana e influye en la elaboración de estándares internacionales, lo que implica un cuestionamiento de algunos de los elementos claves de la soberanía estatal, especialmente celosa en cuestiones relativas a la organización social y política, tal como quedó en evidencia en la discusión sobre el alcance del término ‘pueblo’ que utiliza el convenio.”*²²⁸

²²⁷ Gaete, L. (2012). “El Convenio N.º 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa”. *Revista Ius et Praxis*.

²²⁸ Ibidem.

En lo relativo a los contenidos del convenio, este contempla el reconocimiento y valoración de la diversidad étnica y cultural, la cultura de los pueblos indígenas y su especial vinculación con sus tierras, territorios y recursos naturales. En sus disposiciones este tratado eleva el estándar de protección a los pueblos indígenas al formular derechos políticos, territoriales, económicos, sociales y culturales. En cuanto a los primeros, esto es a los derechos políticos. El C.169 reconoce el derecho a la autodeterminación en versión autonomía dentro del Estado, adicionalmente reconoce del mismo modo el derecho al desarrollo, y el derecho o garantía de consulta indígena, el cual constituye la piedra angular del instrumento internacional constituyendo tanto un derecho como una salvaguarda de la participación indígena.

La consulta indígena, institución fundamental sobre la que se articula el instrumento internacional, se encuentra contemplada en los artículos 6 y 7 del mismo instrumento e irradia a todas las demás disposiciones.²²⁹ Este derecho-deber hace referencia al derecho de los pueblos indígenas a participar y ser consultados durante el proceso de adopción e implementación de decisiones, medidas o proyectos que los afecten directamente siendo además su implementación un deber del estado con la finalidad de incorporar la visión indígena en las políticas públicas que sean susceptible de afectarles.²³⁰ La consulta en el convenio no es solo un derecho, una salvaguarda sino también un principio constituyendo el corazón del instrumento. Se expresa como derecho y salvaguarda según fluye de los artículos citados, pero irradia como principio desde el preámbulo donde se expresa el derecho de los pueblos indígenas a adoptar sus decisiones de acuerdo a sus costumbres y valores. La consulta indígena constituye un deber para los Estados como principio fundamental de gobernanza, desarrollo inclusivo, paz social, prevención y resolución de conflictos en el contexto de las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas. De este modo, los conceptos de participación y consulta indígena se encuentran relacionados directamente, según fluye desde la propia conceptualización que propone el Convenio N° 169. En efecto el artículo 6 de este instrumento expresa que:

²²⁹ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Art. 6 y 7. [Convenio 169 de 1989]. <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

²³⁰ Gaete, L. (2012). Op Cit.

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
*a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;”*²³¹

En definitiva, la consulta constituye la expresión por excelencia del principio de la participación indígena en la formulación de políticas públicas constituyendo adicionalmente una salvaguarda frente al poder discrecional del estado en la toma de decisiones en materias indígenas. Limitando el actuar del estado mediante la incorporación de estándares exigentes de cumplimiento para satisfacer una real participación indígena.²³²

En relación al derecho a las tierras, territorios y recursos naturales, el C.169 reconoce el derecho a la protección de las tierras indígenas, y el acceso a los recursos naturales²³³; En efecto en el instrumento se establecen derechos de protección de las tierras indígenas y el territorio el cual es definido como el hábitat que los indígenas ocupen o utilicen de una u otra manera consignando de modo expreso el derecho de estos pueblos a acceder a los recursos naturales que en ellos se encuentre, haciendo mención a el derecho de los indígenas a participación en los beneficios proveniente de la explotación de estos recursos; finalmente el convenio incorpora normas de reconocimiento a normas de cultura indígena, cosmovisión y derecho indígena, al respecto señala que los indígenas tienen el derecho a la jurisdicción indígena y el uso de normas consuetudinarias en la solución de conflictos de relevancia jurídica siempre que no sea contrario a los derechos fundamentales de sus integrantes y finalmente el convenio cierra con la incorporación de un catálogo de derechos económicos sociales y culturales, como la salud, educación, acceso a la seguridad social etc.

²³¹ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Art. 1. [Convenio 169 de 1989]. <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

²³² Castillo, L; Morales, S; Jaccard. D. (2021). *La consulta como mecanismo de accountability social*. Veredas do Direito.v.18.

²³³ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Art. 13, 14, 15. [Convenio 169 de 1989]. <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

Sobre su entrada en vigencia en nuestro ordenamiento este instrumento fue ratificado por Chile con fecha 15 de septiembre del año 2008 durante el primer gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, luego de casi veinte años de tramitación en el Congreso Nacional. Su ratificación parlamentaria constituyó el principal hito de la política indígena durante las primeras dos décadas de este siglo,²³⁴ a pesar de las dificultades en su implementación debido a las profundas tensiones que se ocasionaron con la dictación de los decretos ejecutivos que buscaban implementar el ejercicio del derecho/deber de consulta indígena establecido en el documento internacional.²³⁵

Las múltiples debilidades que evidencia el corpus legislativo indígena fomentan las contradicciones entre los intereses de los pueblos indígenas y las políticas económicas de inversión implementadas durante los gobiernos democráticos. Esta tensión ha resultado cada vez más evidente desde la década de 1990, cuando la implementación de grandes proyectos de inversión en áreas como la silvicultura, salmonicultura y minería se impuso, ejecutó e implementó en todo el territorio chileno. Estos proyectos o actividades de inversión se concentraron especialmente en las regiones del norte minero, como Arica, Tarapacá y Atacama, y también en las del sur, como el Biobío, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos y Aysén, precisamente donde se emplazan los territorios ancestrales de los pueblos indígenas reconocidos por la ley.

3.1.4.- Reconocimiento constitucional: un compromiso pendiente.

El último de los compromisos de Nueva Imperial decía relación con el reconocimiento a los pueblos indígenas en el texto constitucional. En cumplimiento a su

²³⁴ En efecto, desde la entrada en vigencia del convenio en 2009, el ejecutivo dictó al menos tres Decretos Supremos Reglamentarios, el primero el número DS 124/2009, DS 40/13 y finalmente del DS 66/2013, del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente respectivamente. Estos cuerpos normativos fueron altamente controvertidos toda vez que se argumentó que a través de su dictación lo que se buscaba era limitar los derechos reconocidos en el convenio 169.

²³⁵ Akunkawa mapu. (2014). Organizaciones y comunidades indígenas de Aconcagua no participan de la denominada consulta en rechazo a los decretos 66 y 40. En Mapuexpress.
<https://www.mapuexpress.org/2014/09/10/organizaciones-y-comunidades-indigenas-de-aconcagua-no-participan-de-denominada-consulta-en-rechazo-a-decretos-66-y-40/>

promesa de campaña Aylwin ingresó al Congreso Nacional en 1991 un primer proyecto de reforma constitucional relativa a los Pueblos Indígenas. El Mensaje del proyecto planteaba la necesidad de consagrar legislativamente el reconocimiento, como base para proponer una perspectiva diferente sobre el desarrollo, mejoramiento de la calidad de vida y futuro de los Pueblos Indígenas, además de ser un reflejo de la diversidad de la sociedad chilena. Para el cumplimiento de dicho fin buscaba incorporar en el artículo 1 de la constitución de 1980 el siguiente texto:

*“El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación Chilena”.*²³⁶

Esta redacción buscaba reconocer la existencia de los pueblos indígenas como tales, por constituir grupos sociales y humanos que gozan de una identidad específica; buscando hacerse cargo de su condición de grupos postergados; incorporando el principio de discriminación positiva, argumentando que este ha sido aceptado ampliamente en legislaciones comparadas y en el derecho internacional. Desde este proyecto hasta mayo de 2021 fueron presentados al menos 17 intentos de reforma constitucional a fin de reconocer la diversidad étnica y cultural del país.²³⁷ Su contenido, de amplia y variada intensidad, osciló entre el reconocimiento al pluralismo cultural propio de los inicios de los noventa, hasta que a inicio del siglo XXI adopta nomenclaturas cercanas al multiculturalismo y en la última década decantó en nociones más cargadas ideológicamente como la plurinacionalidad.

Con todo, independientemente de los conceptos utilizados por cada proyecto. En concreto ninguno fue aprobado por el parlamento. Principalmente debido a la oposición de los sectores más conservadores quienes se opusieron sistemáticamente a cualquier naturaleza de reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas. En consecuencia, la carta fundamental de 1980, a diferencia del resto de las constituciones latinoamericanas, no

²³⁶ Biblioteca Congreso Nacional. (2022). Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Proyecto de Reforma Constitucional. Boletín N° 513-07. [9.-Mensaje-de-PAA-en-que-inicia-proyecto-de-reforma-constitucional.pdf \(fundacionaylwin.cl\)](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26082/1/FINAL___BCN2018___Proyectos_de_reforma_constitucional_y_consulta_previa_indigena.pdf)

²³⁷ Meza-Lopehandía, M. (2018). *Proyectos de reforma constitucional y consulta indígena constituyente*. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26082/1/FINAL___BCN2018___Proyectos_de_reforma_constitucional_y_consulta_previa_indigena.pdf

reconoce la existencia de los pueblos o naciones indígenas, a pesar de constituir la población indígena un 12% sobre la población nacional.²³⁸

3.1.5.- El corpus legislativo indígena. Sus limitaciones y debilidades.

Las limitaciones y debilidades de la normativa chilena de reconocimiento de derechos indígenas se expresan en diversos ámbitos, de ahí que se defina el modelo chileno como un modelo de derechos de baja intensidad. En efecto es posible evidenciar estas limitaciones en planos como debilidades estructurales, de rango normativo y de diseño institucional, pero también en cuestiones sustantivas relacionadas con la densidad normativa de los derechos reconocidos, de ahí que se considere que el modelo chileno se articula en torno a un mecanismo de acomodación basado en derechos de baja intensidad. Las principales debilidades que pueden ser mencionadas son:

a.- Inexistencia de reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas.

A pesar que se ha señalado reiteradamente en esta investigación, la constitución chilena de 1980 no contempla normas de reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos. Ello a contrapelo de las constituciones latinoamericanas que desde inicio de los años noventa reconocieron en sus disposiciones la existencia de los pueblos indígenas.

Por su parte en lo relativo a los derechos políticos y de participación nuestra normativa al consagrar la existencia de “grupos étnicos indígenas”,²³⁹ en lugar de pueblos o naciones indígenas, como lo hacen los instrumentos internacionales, desconoce el ejercicio del derecho de libre determinación en todas sus versiones, incluyendo la autonomía y el autogobierno en el marco del Estado nacional.²⁴⁰ Esta disposición rigió hasta la entrada en vigencia del convenio 169 que efectivamente reconoce la condición de pueblos indígenas consagrando el autogobierno indígena como una expresión de baja intensidad de la autodeterminación. En relación con el reconocimiento a la preexistencia de los pueblos

²³⁸ Instituto Nacional de Estadísticas (2017). Op cit.

²³⁹ Ministerio de Planificación. (2008). Op. Cit.

²⁴⁰ Estos instrumentos son: el Convenio 169 de la OIT de 1989 y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

indígenas como ha sido consignado que esta no se encuentra en la constitución sino en normas de rango inferior como es la ley indígena. En efecto, la ley 19.253 enumera en su artículo 1º los pueblos indígenas consignando como sigue:

*“El Estado reconoce como principales etnias indígena de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, Diaguita y Chango del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.”*²⁴¹

La ausencia de normas de rango constitucional sobre pueblos indígenas y su consagración en normas de rango inferior con la fragilidad que ello entraña, en igual sentido la invisibilidad constitucional irradia en la baja intensidad del reconocimiento de los derechos políticos, de participación y los derechos territoriales y acceso a los recursos naturales.

b.- Baja intensidad de derechos políticos, tierras, territorios y recursos naturales.

Sobre los derechos de participación estos son reconocidos de manera limitada en la ley indígena al restringirla a la elección de un número acotado de representantes ante CONADI y la consulta indígena del C. 169 de la OIT. En relación, a la consulta indígena: La consulta es un derecho de los indígenas, y un deber del estado, a participar en las políticas del estado cada vez que el estado implemente una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los indígenas o comunidades. Si bien la ley indígena de 1993 reconoce en su articulado el derecho a la consulta, contempla una consulta indígena incompleta o atenuada pues limita la participación de los pueblos indígenas a la posibilidad “de ser oídos” por el Estado y sus órganos cuando traten materias o cuestiones relacionadas con personas indígenas y sus comunidades.²⁴² Este mecanismo de salvaguarda se encuentra por debajo del estándar del C. 169 de la OIT que reconoce la consulta como un derecho

²⁴¹ Congreso Nacional de Chile (1993). Artículo 1º [Ley 19.253]. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena.

²⁴² Congreso Nacional de Chile (1993). Artículo 34. [Ley 19.253]. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas.

sustantivo de los pueblos indígenas con miras a obtener un consentimiento previo libre e informado, sin embargo su implementación ha sido sujeta la dictación de normativa reglamentaria que tiende a restringir los estándares del convenio, volverse volverá a esto en los párrafo que siguen.²⁴³

En cuanto a los derechos territoriales la ley indígena se refiere exclusivamente a la protección de la propiedad de la tierra indígena individual. Una expresión de esta limitación es la preocupación exclusiva que tiene la legislación sobre la tierra indígena, sin considerar las aguas, los recursos naturales y el territorio.²⁴⁴ La regulación de las aguas se encuentra excluidas de la resguardo especial y de reconocimiento como un valor fundamental para los pueblos indígenas.²⁴⁵ La normativa indígena establece disposiciones genéricas y aisladas relativas a la protección del equilibrio ecológico de las tierras indígenas y reconoce mecanismos especiales de adquisición de Derechos de aprovechamientos de aguas para indígenas, financiados a través del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas establecido en el Artículo N.º 20 de la Ley Indígena.²⁴⁶ Solo en su parte final y con ocasión de normas

²⁴³ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Art. 1. [Convenio 169 de 1989]. <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

²⁴⁴ Jaccard, D. (2021). *El Agua, Derechos Humanos, Pueblos Indígenas*. Op. Cit.

²⁴⁵ En el marco de las profundas reformas económicas introducidas durante la década de los 70` el gobierno militar alteró sustantivamente el modelo de administración de las aguas vigente en nuestro país desde 1951. Las reformas crearon un modelo de gestión del agua inédito hasta entonces, que intentó compatibilizar la noción de bien público y la libre apropiabilidad del agua. El funcionamiento del modelo de aguas chileno se centra en la creación de un mercado desregulado de aguas, basados en un rol residual del Estado, permitiendo la libre iniciativa y transferencia de los denominados derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) sin una mayor intervención estatal. El modelo establecido por el Código de Aguas de 1981 se entiende bajo la consideración del agua y su aprovechamiento como un bien esencialmente transable. En ella se establece una disociación entre el agua, la cual establece como un bien nacional de uso público, y su aprovechamiento, el cual es susceptible de apropiación por los particulares. El legislador tanto en el Código Civil como en el Código de Aguas declaran que las aguas son bienes nacionales de uso público y su dominio pertenece a la nación toda. Es decir, el agua es propiedad de todos, sin embargo, a pesar de dicha declaración, el aprovechamiento de la misma es susceptible de propiedad privada. Como ha sido latamente desarrollado, la Constitución de 1980 (en adelante CPR de 1980) establece un fuerte régimen de protección a la propiedad privada dedicándole varios numerales a su tratamiento y protección en el capítulo relativo a las garantías constitucionales. Esta protección evidentemente se extiende a los Derechos de Aprovechamientos de Agua.

²⁴⁶ El artículo 6 del Código de Aguas chileno dictado en 1981 define Los Derechos de Aprovechamientos de Aguas (DAA) Como “... un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el código... El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular quien podrá usar gozar y disponer de él en conformidad a la ley...”.

especiales relativas a Pueblos Indígenas del Norte de Chile se refiere a las aguas indígenas de los pueblos indígenas aymara y atacameño. En este sentido en el artículo 64 expresa:

“Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias, pozos de agua dulce y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas.

No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas”²⁴⁷

En definitiva, la ley indígena establece disposiciones relativas a la adquisición y regularización de derechos de aguas en los mismos términos que la población no indígena a través de mecanismos como el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI) consagrado en el Artículo 20 de la ley -en su letra c)- permite financiar a las comunidades indígenas beneficiarias: *“La constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso”*.²⁴⁸

Es efectivo que estos conceptos son desarrollados con mayor detalle en el Convenio. 169 que en sus artículos 13, 14 y 15.²⁴⁹ Este instrumento incorpora normas de protección a las tierras indígenas y tierras ancestrales, derechos a los territorios indígenas y normas de protección y acceso a los recursos naturales emplazados en territorios indígenas. Con todo - como se ha señalado- la aplicación cabal de las disposiciones del convenio ha quedado

²⁴⁷ Congreso Nacional de Chile (1993). Artículo 64 [Ley 19.253]. Establece normas sobre protección especialmente sobre las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas.

²⁴⁸ Congreso Nacional de Chile (1993). Artículo 20 [Ley 19.253]. Créase un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas administrado por la Corporación.

²⁴⁹ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Art. 13,34 y 15. [Convenio 169 de 1989]. <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

supeditada a la voluntad del estado quien restringido los derechos por la vía reglamentaria entregando su determinación y alcance a los tribunales de justicia incidiendo en una alta judicialización de las reivindicaciones y demandas indígenas.

En relación a la protección de la tierra, al territorio y a los recursos naturales, la ausencia de normas de garantía es manifiesta y constituye tal vez la mayor fragilidad sustantiva de nuestra legislación. En efecto, no existen disposiciones sustantivas relevantes de protección sobre recursos naturales como las aguas ni tampoco una protección adecuada del acceso a los territorios terrestres o marinos salvo la constitución de espacios costeros marinos consagrada en la ley 20.419 de 2008.

c.- Los derechos culturales.

Por su parte, en lo relativo a los derechos culturales es posible señalar que estos son de limitada aplicación y se circunscriben a declaraciones y reconocimientos genéricos a la salud y educación indígena junto al establecimiento de becas y subsidios especiales para indígenas.

d.- Limitaciones estructurales del corpus.

Estas debilidades dicen relación no exclusivamente con los derechos reconocidos sino con su implementación y estriban principalmente en la horizontalización de las decisiones sobre políticas indígenas en agencias estatales específicas de alcance y recursos limitados como asimismo en problemas de diseño de instituciones establecidos en las distintas leyes pertenecientes al corpus legislativo indígena. Estos problemas se ven con claridad en el funcionamiento de dos instituciones fundamentales: el FTAI, las Áreas de Desarrollo Indígena y los Espacios Costeros Marinos y la debilidad institucional de CONADI.

En relación al funcionamiento del FTAI, como mecanismo de ampliación de las tierras y aguas indígenas. Este fondo es administrado por CONADI y cuenta con un presupuesto limitado asignado anualmente según la ley de presupuesto nacional, y opera mediante la compra de tierras y derechos de aguas según las reglas del mercado. Es decir,

opera sólo si el propietario está dispuesto a vender, subordinado el cumplimiento de la obligación de reparación estatal a la oferta y la demanda. El funcionamiento del FTAI ha permitido la generación de espacios grises que pueden derivar en prácticas especulativas con dineros públicos. En relación con esto, el FTAI ha permitido la conformación de un mercado cautivo de “*tierras en conflicto*”, con una demanda que crece exponencialmente y donde el nivel de conflictividad es directamente proporcional al valor de la tierra.²⁵⁰ Así, el FTAI se ha convertido en uno de los principales factores que profundizan el conflicto de tierras en la zona centro—sur del país.

Por su parte las Áreas de Desarrollo Indígena -ADIs- y Los Espacios Costeros Marinos de Los Pueblos Originarios -ECMPOs-. En relación a la territorialidad indígena proyecto original de ley indígena enviado al parlamento incluía un párrafo dedicado a los llamados Territorios de Desarrollo Indígena a los que se definía como “*Un espacio social, demográfico, ecológico y cultural, fundamental para la existencia y desarrollo de los Pueblos Indígenas*”,²⁵¹ estableciendo en ellos el derecho de las comunidades a participar en la toma de decisiones, en los planes de desarrollo económico, social y cultural que allí se implementarán, asimismo consagró el derecho a oponerse a ellos, y a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales que en ellos existieran. Aunque el proyecto original incluía la creación de territorios indígenas, esta propuesta fue eliminada durante el proceso de aprobación legislativa y reemplazada por las actuales Áreas de Desarrollo, tal como se establece en el artículo 26 la normativa actual y como se ha expuesto en el acápite respectivo.

Por su parte través de la creación de los ECMPOs la ley Lafquénche se hace cargo del vacío de la ley indígena al incorporar disposiciones relativas al territorio marítimo de los pueblos indígenas. En efecto es posible hacer presente que esta última da reconocimiento jurídico al uso tradicional del borde costero, mediante la creación de las figuras jurídicas

²⁵⁰ Rodríguez, A. (2021). Fiscalía registra fuerte aumento de “ocupaciones” desde que Conadi disminuyó la compra de tierras para comunidades mapuche. Ciper. <https://www.ciperchile.cl/2021/11/03/fiscalia-registra-fuerte-aumento-de-ocupaciones-desde-que-conadi-disminuyo-la-compra-de-tierras-para-comunidades-mapuche/>

²⁵¹ Congreso Nacional de Chile (2008). Artículo 2º [Ley 20.249]. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=269291>

denominadas ECMPOs, esta solicitud puede ser efectuada por las comunidades indígenas, hacer uso de ellas con fines exclusivamente tradicionales o de conservación de los recursos marinos. Con todo, y dejando de lado las intenciones del legislador, la Ley Lafquenche ha tenido inconvenientes relevantes como son el retardo en la autorización de estos espacios cuyo promedio de aprobación bordea los 5 años desde la presentación de la solicitud por parte de las comunidades costeras.²⁵² Por otro lado, la solicitud de estas figuras ha llevado a prácticas que bordean el abuso del derecho atendido que en no pocas oportunidades ha sido utilizada como un elemento de inhibición de inversiones privadas en zonas costeras toda vez que la mera presentación de la solicitud de declaración de uso tradicional suspende toda tramitación administrativa efectuada por terceros sobre el borde costero, independientemente del estado de la solicitud.²⁵³

Por último CONADI se ha transformado en un órgano cuestionado en sus decisiones, cruzado constantemente por acusaciones de corrupción y excesiva politización. Ambos factores inciden en su falta de legitimidad frente a las demandas de las comunidades indígenas. La legislación indígena chilena, incentiva la formulación de una política sectorial radicada en la CONADI. Esto genera un eje vertical en lugar de una iniciativa transversal al estado. La promoción de los derechos indígenas y la valoración de sus culturas e historia debería ser parte de un diálogo y coordinación con todas las áreas del Estado, que permee la definición de políticas culturales, de salud, educación, medio ambiente, minería y gestión hídrica, etc. Esto es más evidente tratándose de las normas que rigen y regulan la propiedad, el uso y la disposición de la tierra indígena, el disfrute de los recursos naturales, como el agua, los minerales, los bosques y la normativa ambiental nacional. Dicho lo anterior, el funcionamiento práctico de las escasas figuras reconocidas en las leyes sobre materia indígena en Chile puede resultar relevante al momento de plantear la implementación de

²⁵² Flores, P. (2022). *Problemas jurídicos y prácticos provocados por la presentación de una solicitud ECMPO*. Aqua. <https://www.aqua.cl/columnas/problemas-juridicos-y-practicos-provocados-por-la-presentacion-de-una-solicitud-ecmpo/#>

²⁵³ Álvarez, R. (2022). FEREPa Biobío reacciona ante resolución que acogió a trámite solicitud ECMPO en Coronel. En: Mundoacuicola. <https://www.mundoacuicola.cl/new/ferepa-biobio-reacciona-ante-resolucion-que-acogio-a-tramite-solicitud-ecmpo-en-coronel/>

derechos territoriales en base a la legislación actual. se volverá a este punto al final de esta investigación.

Por último, y desde una perspectiva más bien teórica, la legislación de 1993 y de 2008 cuenta con una fuerte inspiración integracionista o indigenista, ya largamente superada en Latinoamérica, que ve a los indígenas como ciudadanos que requieren la garantía y tutela del Estado, debido a que no cuentan con una agencia propia ni tampoco gozan de autodeterminación.

3.2.- Las políticas del nuevo milenio: una estrategia dual.

Las políticas implementadas por el Estado y los gobiernos post dictadura han seguido —en mayor o menor medida— la ruta establecida en Nueva Imperial. Sin embargo, los procesos de construcción o reconstrucción de la identidad étnica indígena y mapuche, por una parte, y el reconocimiento de derechos de baja intensidad asociado a la focalización de políticas de superación de la pobreza, la por otra, dieron lugar a una depreciación acelerada de la confianza con Estado, como asimismo de la institucionalidad nacida de la ley indígena. La profesora Caroline Terwindt argumenta que la expansión de la industria extractiva como plantaciones forestales, acompañada por megaproyectos de inversión minera, de infraestructura pública y de producción energética tuvieron un sustantivo impacto en las comunidades mapuches y sus territorios, y, en consecuencia, estimularon el surgimiento de grupos y organizaciones indígenas dispuestas a defender sus intereses y derechos específicos.²⁵⁴

“Para los líderes indígenas.... y las organizaciones mapuches las esperanzas cifradas en la Ley indígena como una herramienta para la protección y defensa de los derechos indígenas desapareció [...]. La administración del presidente Frei (1994-2000) había dejado claro que los derechos de los pueblos indígenas estaban supeditados al desarrollo productivo, en el marco de la apertura chilena a la economía mundial, como lo demostró obstinadamente el entonces primer

²⁵⁴ Terwindt, C. (2009). *The Demands of the “True” Mapuche: Ethnic Political Mobilization in the Mapuche Movement. Nationalism and Ethnic Politics*. 15:2, 237-257, DOI: 10.1080/13537110902921321

*mandatario durante la construcción – en territorio mapuche — de la mega central hidroeléctrica de Ralco en 1998.”*²⁵⁵

La contracara de las políticas de corte asistencialista y su abanico de medidas administrativas implementadas durante este periodo se encuentra en lo que algunos autores han denominado como “*la criminalización de la protesta social indígena*”.²⁵⁶ Según esta afirmación el Estado respondió a la movilización indígena invocando legislación de *última ratio*, como la ley antiterrorista y ley de seguridad interior del Estado frente a los casos de violencia —delitos— rural cometidos en la zona centro-sur del país. Estos casos involucran sobre todo a dirigentes y comuneros indígenas del pueblo mapuche. Esta legislación de *ultima ratio* trajo aparejada preocupación y condenas de organismos de derechos humanos, nacionales e internacionales, atendidas las violaciones al debido proceso que entrañó su utilización, como el uso de testigos protegidos, el abuso de la prisión preventiva y otros aspectos procesales que vulneran las garantías de un procedimiento justo y racional.²⁵⁷

De este modo, esta estrategia iniciada por los gobiernos democráticos se caracterizó por una doble cara: por un lado, la implementación de un multiculturalismo moderado e incompleto y, por el otro, una criminalización de la protesta indígena. Las reformas de la transición se centraron en solo dos aspectos: uno, el reconocimiento de los aspectos y derechos culturales de los pueblos indígenas y focalización de recursos y dos, en la persecución penal, dejando de lado el reconocimiento de derechos políticos, de participación y territoriales.

²⁵⁵ Yáñez, N. y Aylwin, J. (2007). *Op. Cit.*

²⁵⁶ Correa, M. y Mella, E. (2010). *Las razones del illkun/enojo. Memoria, despojo y criminalización en el territorio mapuche de Malleco*, Santiago: LOM Ediciones / Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas.

²⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana sentencia de 29 de mayo de 2014. Caso Norín, Catrimán y otros contra Estado de Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_279_esp.pdf

3.3.- El desencanto y la decepción.

En los acápite que siguen se abordará las políticas públicas y estrategias de respuesta implementadas por las comunidades mapuche a las medidas implementadas por el Estado nacional. Desde mediados de la década de los noventa, la nueva institucionalidad indígena comenzó a evidenciar primero unas tímidas trizaduras que rápidamente se transformaron en grietas tan solo a los pocos años de aprobación de la ley 19.253. El modelo de desarrollo nacional y su contraposición con los intereses de los pueblos y comunidades indígenas puso rápidamente en tensión la confianza y legitimidad a la reciente institucionalidad democrática.

Las reivindicaciones, principalmente, mapuches sobre tierras de propiedad de la industria forestal, salmonera, inversiones mineras y construcción de grandes proyectos de infraestructura marcaron el inicio de una ruptura en la confianza entre los indígenas y el Estado, esto fracturó la confianza que la coalición de gobierno había construido laboriosamente con el mundo indígena durante los años de la dictadura militar.²⁵⁸

La deslegitimación de CONADI que prontamente se encontró superada por la demanda indígena nacional, sumado al énfasis puesto en la focalización políticas de superación de la pobreza indígena –por ejemplo mediante el programa proveniente del Banco Interamericano de Desarrollo denominado Programa Orígenes²⁵⁹ — y la combinación con políticas de seguridad y persecución criminal como forma de responder a demandas indígenas insatisfechas frente a casos de reivindicación territorial.²⁶⁰ Estimularon la

²⁵⁸ Yáñez, N. y Aylwin, J. (2007). El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el «nuevo trato». Santiago: LOM Ediciones,

²⁵⁹ El Programa Orígenes tuvo por objetivo incidir sobre los instrumentos, prácticas y pertinencia de la oferta pública respecto de las comunidades indígenas, además de promover el desarrollo indígena en conformidad a su cosmovisión.

²⁶⁰ Esta política de persecución criminal llegó a su expresión con la invocación de la ley antiterrorista por primera vez en democracia frente a casos que involucran a líderes tradicionales indígenas pertenecientes al pueblo mapuche. El primero de dichos casos fue el caso “Lonkos” en el año 2003. Donde la invocación de la Ley Antiterrorista que permitió la utilización de testigos protegidos o sin rostro terminó con la condena de dos líderes tradicionales pertenecientes al pueblo mapuche Aniceto Norin y Pascual Pichun. El caso Lonkos como fue conocido, terminó siendo objeto de revisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo que condenó al Estado por vulneraciones graves al debido proceso; como consecuencia el Estado debió pagar una cuantiosa indemnización junto a otras medidas adicionales a favor de los afectados. Estas medidas se encuentran aún en proceso de cumplimiento. El autor de este trabajo formó parte del equipo denunciante ante el sistema interamericano de protección.

movilización indígena reforzando los lazos de solidaridad entre las comunidades mapuche del sur del país. El concepto de “*conflicto indígena*” o “*conflicto mapuche*” se instalaba lentamente en los medios y en la esfera pública.²⁶¹

Durante el sexenio del presidente Ricardo Lagos -2000-2006-, se conformó el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas -GTPI-. El GTPI. propuso más de una docena medidas de gobierno sobre materias indígena poniendo énfasis en el desarrollo productivo e inserción de las comunidades indígena al mercado nacional junto a un amplio plan de infraestructura y exportación. también durante su periodo el presidente Lagos convocó a la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato -CVHNT- instancia que, según se verá en el capítulo IV, funcionó laboriosamente entre el año 2001 y 2003. El trabajo de la CVHNT. fue extenso, arduo y laborioso y junto con revisar históricamente la relación entre el estado y todos los pueblos indígenas del país propuso, entre otras cosas, garantizar derechos colectivos reconocimiento a la autonomía indígena, y su consagración constitucional. Asimismo. En igual sentido, el presidente Lagos creó e implementó el Programa Multifase de Desarrollo Integral de Comunidades Indígenas, o Programa Orígenes, que buscaba mejorar las capacidades productivas de las comunidades, como asimismo valorar y fortalecer su cultura.²⁶² El Programa Orígenes- BID se convirtió en una de las políticas públicas más abarcadoras para los pueblos indígenas permitiendo canalizar cerca de 11 millones de USD directamente a comunidades indígenas durante el periodo 2004-2010.²⁶³

²⁶¹ La parte más visible del conflicto mapuche está compuesta por varias luchas locales y globales, que incluyen la devolución de sus tierras ancestrales, que están en manos de empresas forestales y privados; la lucha contra los megaproyectos, que están afectando el territorio mapuche; la demanda de implementación del convenio 169 de la OIT; el reconocimiento de la educación intercultural, y el reconocimiento de una representación política especial.

²⁶² Este programa financiado por el BID, fue concebido desde un inicio como un Programa Multifase; con una primera fase de instalación y consolidación y una segunda de ejecución en régimen. La experiencia acumulada en esta primera fase, permitiría definir con mayor precisión el diseño de las actividades antes de extenderlas en una segunda fase. Su finalidad era contribuir al desarrollo integral con identidad de los pueblos Aymara, Atacameño y Mapuche en el área rural. Con el Propósito Mejorar de manera sostenible las condiciones de vida de las comunidades de los pueblos Aymara, Atacameño y Mapuche, en el área rural, y promover su desarrollo con identidad, particularmente en los ámbitos económico, social, cultural, ambiental y jurídico. Dirección de presupuestos (2004). Síntesis ejecutiva programa orígenes. Ministerio de hacienda. https://www.dipres.gob.cl/597/articles-139541_r_ejecutivo_institucional.pdf

²⁶³ Ibidem.

Dicho programa de inversión se focalizó principalmente en comunidades indígenas pertenecientes a los pueblos Aymara, Atacameño y Mapuche emplazadas en zonas rurales, logrando intervenir en diversos aspectos de producción y sociales, Orígenes fue un programa implementado por el estado cuyo fundamento y aplicación fue :

“Diseñado e implementado de manera participativa y planificación local y territorial “ Como también la ejecución de proyectos comunitarios, productivos, culturales y de medicina tradicional” ²⁶⁴.

De esta manera se buscó contribuir a mejorar las capacidades y oportunidades de los destinatarios en el ámbito productivo, educativo, cultural y de salud, como también fortalecer las áreas de desarrollo indígena y comunidades indígenas destinatarias del Programa.²⁶⁵ Sin embargo, a juicio del profesor e historiador Dr. José Bengoa, quien participó en las instancias relativas a pueblos indígenas creadas por los presidentes Aylwin, Frei y Lagos, estas decisiones no contaron con suficiente legitimidad frente a las comunidades indígena. Bengoa concluye que el resultado de ambas experiencias fue negativo y no generaron avances significativos en la relación Estado y pueblos indígenas.²⁶⁶ Durante su primer periodo, la presidenta Michelle Bachelet (2006-2010) mantuvo la orientación de las políticas indígenas de la Concertación de Partidos por la Democracia. Sin embargo, buscó su profundización, proponiendo:

²⁶⁴Observatorio regional de planificación para el desarrollo de Latinoamérica y el Caribe. (2014). Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018. Observatorio regional de planificación para el desarrollo de Latinoamérica y el Caribe. <https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/planes/programa-de-gobierno-michelle-bachellet-2014-2018>

²⁶⁵Poblete, M. (2019). Política indígena en Chile. Descripción general desde el término de la dictadura cívico-militar hasta el Programa Orígenes. Asesoría técnica parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27180/1/BCN_Poblete_Politica_Indigena_en_Chile_final.pdf

²⁶⁶ Carvajal, J. (2022). *Los últimos 30 años de iniciativas y diálogo sin éxito en la Araucanía*. La tercera. <https://www.latercera.com/earlyaccess/noticia/los-ultimos-30-anos-de-iniciativas-y-dialogo-sin-exito-en-la-araucania/JEAEAMRDXVEV3D7YWGZSRR37N4/>

*“Impulsar urgentemente el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios y dar alto rango político a las políticas a través de la creación de una subsecretaría de Asuntos Indígenas”.*²⁶⁷

La presidenta Michelle Bachelet implementó algunas de las medidas impulsadas por la Comisión Nuevo Trato convocada por el presidente Lagos. Sin embargo, la férrea oposición del Parlamento determinó que solo algunas de las medidas propuestas por la ex presidenta se materializaran. En el año 2008 la presidenta creó la figura del Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas -CPAI- e implementó el *“Pacto Reconocer”*.²⁶⁸ Este acuerdo tuvo por finalidad inyectar mayores recursos económicos al FTAI para agilizar y ampliar la demanda de compra de tierras en el marco de la ley indígena. Asimismo, durante el gobierno de Bachelet se produjeron dos hitos legislativos de suma relevancia: la aprobación del C. 169 de la OIT en 2008, que estaba empantanado en el Congreso desde 1991, y la aprobación de la Ley Lafkenche o ley N 20.249 de 2008, ambas iniciativas han sido mencionadas anteriormente.

Por su parte, durante el primer gobierno del presidente Sebastián Piñera -2010-2014- convocó a una mesa de diálogo para el diseño de un plan de desarrollo integral, al cual denominó *“Plan Araucanía.”*²⁶⁹ Junto con eso, mantuvo el funcionamiento del Consejo de Ministros e implementó la aplicación del C. 169 de la OIT, ratificado durante el gobierno de Bachelet aprobando los Decretos Reglamentarios N.º 40 y 66 de 2013 ambas normas que buscaban implementar y reglar el ejercicio del derecho a la Consulta Indígena del Convenio.

En su segunda administración, la presidenta Michelle Bachelet -2014-2018- planteó implementar un programa transformador con profundas reformas estructurales al modelo democrático y económico chileno, estas contemplaban entre otras: la mejora a la seguridad social, régimen de pensiones y la elaboración de una nueva carta constitucional en reemplazo

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ Gobierno de Chile. (2008). *Re-Conocer. Pacto social por la multiculturalidad. Intendencia de la Araucanía*. <http://www.intendenciaaraucania.gov.cl/filesapp/Pacto%20social.pdf>

²⁶⁹ Ministerio de Desarrollo Social, Intendencia de La Araucanía y Ministerios Sectoriales involucrados en Plan Impulso Araucanía. (2018). Plan Araucanía. https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/60/d4/60d4404f-7a81-4753-8dc8-08b2cc2f3c13/acuerdo_nacional_por_el_desarrollo_y_la_paz_en_la_aucaania.pdf

de la constitución de 1980. En este marco, se destinó un espacio exclusivo para el proceso constituyente y el reconocimiento de los pueblos indígenas.²⁷⁰

La presidenta Bachelet convocó a una segunda comisión sobre temas indígenas, compuesta por “*personalidades representativas de la sociedad chilena e indígena*”.²⁷¹ El objetivo de esta comisión fue revisar el actuar policial y la aplicación de la ley antiterrorista en casos de violencia rural, de ella derivó el nacimiento de la Comisión Asesora Presidencial de la Araucanía o *Comisión Vargas*.²⁷² Esta instancia propuso establecer una reparación para las víctimas de delitos producto del conflicto territorial. Del mismo modo se comprometió a evaluar la reclamación de tierras, el reconocimiento constitucional, el desarrollo productivo y la participación política de los pueblos indígenas. Asimismo, en el marco de la propuesta constitucional, se generó una Comisión Técnica de Niñez y Pueblos Indígenas. Durante su segundo mandato la presidenta Bachelet implementó un inédito proceso de consulta indígena en el marco de la reforma constitucional, que implicó la participación de los nueve pueblos reconocidos en la ley indígena. Las propuestas y conclusiones de este proceso constituyente fueron incorporadas en el texto definitivo enviado por la presidenta, contemplando un reconocimiento a sus derechos específicos, donde se reconocía a Chile como un estado plurinacional. El proceso constituyente de Bachelet sigue la suerte de todos los intentos de reforma presentados desde 1991.

Por último, durante su segundo periodo -2018 a 2022-, el presidente Sebastián Piñera impulsó un Acuerdo Nacional por el Desarrollo y la Paz en la Araucanía o *Plan Araucanía 2.0*. El cual sugería una coordinación intersectorial liderado por el Ministro de Desarrollo Social quien en calidad de *supra ministro* buscaría implementar y responder a las

²⁷⁰ Según veremos más adelante el proceso constituyente indígena se inicia en el año 2016 hasta el 2018 y se desarrolla en el marco del procedimiento constitucional impulsado por el gobierno de la ex presidenta Bachelet. Este proceso se caracterizó por ser un proceso inclusivo y participativo basado en la realización de cabildos indígenas y concluye con la incorporación de las propuestas indígenas en el texto presentado al congreso en marzo de 2018. Congreso Nacional. (2018). Boletín N° 11.617-07 Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República.

https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26082/1/FINAL___BCN2018___Proyectos_de_reforma_constitucional_y_consulta_previa_indigena.pdf

²⁷¹ Observatorio regional de planificación para el desarrollo de Latinoamérica y el Caribe. (2014). Op. Cit.

²⁷² Se denominó Comisión Vargas, en honor a su presidente, el obispo católico de Temuco monseñor Héctor Vargas, quien falleció en marzo de 2022, mientras esta tesis se encontraba en plena redacción.

demandas indígena en la zona sur del país – donde se concentra mayoritariamente la población mapuche—; Este diseño prometedor terminó abruptamente en noviembre de 2018 tras el asesinato en manos de la policía del joven Camilo Catrillanca, hijo de un importante cacique mapuche de la Región de la Araucanía, quien resultó muerto accidentalmente en el marco de un operativo policial. La muerte de Catrillanca marcó un punto de no retorno en las políticas indígenas en Chile. Ello significó la ruptura definitiva de las confianzas entre el mundo mapuche y el Estado. Un reflejo de esto fue la implementación de la consulta indígena en el año 2019, implementada para realizar modificaciones a la ley 19.253 de 1993. Esta consulta debió ser suspendida por el gobierno ante la imposibilidad de generar un diálogo pacífico entre los indígenas y el ejecutivo.²⁷³

En definitiva, como es posible colegir son múltiples los factores que han incidido en la fractura de confianza entre el mundo indígena y el estado chileno. La baja intensidad de los derechos reconocidos, el cúmulo de promesas incumplidas, la fragilidad institucional y la lentitud de respuestas estatales ha estimulado la movilización étnica mapuche, sin embargo la intensidad actual y sus grados de violencia sólo puede explicarse si agregamos factores como acceso masivo a la educación superior y al consumo que ha dado nacimiento de una elite indígena, la incorporación de la economía indígena a los mercados, el crecimiento del país, la presión sobre sus territorios y la profundización del modelo de desarrollo extractivo son factores que también deben tenerse presentes a la hora de entender las razones por las que hacia el ocaso del siglo XX las tensiones se expresan en lo que se puede entender como conflicto étnico.

Este modelo de acomodación institucional basado en un reconocimiento de derechos de baja intensidad y focalización en superación de pobreza ha sido calificado por un sector de la doctrina como multiculturalismo atenuado, ya que reconoce derechos de baja intensidad, combinando la sensibilidad cultural y la adhesión a las políticas neoliberales que niegan los derechos colectivos territoriales de los pueblos indígenas.

²⁷³Catena, P. (2019). *Gobierno suspende consulta indígena y evalúa cancelarla definitivamente*. La Tercera.

<https://www.latercera.com/politica/noticia/gobierno-suspende-consulta-indigena-evalua-cancelarla-definitivamente/754847/>

El profesor Charles Hale ha denominado a este modelo como “*multiculturalismo neoliberal*” explicándolo de la siguiente manera:

*“La gobernanza neoliberal se interesa en problemas étnicos o culturales sin prestar atención al problema de la redistribución. Mientras, las demandas de los pueblos originarios apuntan a un reconocimiento tanto cultural como socioeconómico.”*²⁷⁴

En el marco de este multiculturalismo neoliberal supondría el reconocimiento a la existencia de los pueblos originarios y de derechos colectivos de baja intensidad para de este modo no afectar los objetivos establecidos por el Estado en el marco de la economía global.. En este sentido, a juicio de Hale y Richard- es partir de esta idea de multiculturalismo atenuado que los estados latinoamericanos comenzaron a hablar de diversidad cultural y étnica y hasta reconocer una ciertos grados de autonomía a los pueblos originarios y minorías étnicas. Pero sin cuestionar el modelo exportador, la inserción en los mercados globales y la noción de Estado mínimo o subsidiario. En esta misma línea los autores plantean que esta idea de multiculturalismo oscilaría en torno a dos planos, por una parte a un reconocimiento atenuado de derechos preferentemente culturales y por la otra, la criminalización de la protesta social indígena.²⁷⁵ Así este multiculturalismo de baja intensidad promovería el contraste entre el “*indio permitido*” y el “*indio subversivo*”.²⁷⁶ Según Patricia Richards, este tipo de modelo busca la promoción del sujeto que está aprobado y validado por el gobierno, que acepta sin críticas las políticas del Estado lo que implica la prohibición del indio rebelde. Es decir, aquel indio que no está de acuerdo con el modelo económico extremo y no se siente representado en las políticas multiculturales que promueve el Estado.²⁷⁷ Según

²⁷⁴ Hale, C. (2005). *Neoliberal Multiculturalism: The Remaking of Cultural Rights and Racial Dominance in Central America*. Political and Legal Anthropology Review, 28(1), p. 16, traducción propia.

²⁷⁵ Ibidem.

²⁷⁶ Ibidem.

²⁷⁷ Richards, P. (2014). *Multiculturalismo neoliberal. Nuevas categorías y formas de entender la ciudadanía y el mundo indígena en el Chile contemporáneo*, en C. Barrientos (ed.), *Aproximaciones a la cuestión mapuche en Chile. Una mirada desde la historia y las ciencias sociales* (pp. 113-144). Santiago: RIL Editores, p. 110.

Richard, refiriéndose a Chile, en el caso de los mapuches estos quienes se oponen no solo son etiquetados como rebeldes, sino también como terroristas.²⁷⁸

4.- Reconstrucción de la identidad mapuche, movilización y politización de la etnicidad.

Hasta ahora han sido analizadas las políticas y reformas implementadas por el estado, haciendo énfasis en su naturaleza como reformas de baja intensidad. Asimismo, por sí solas, estas políticas de reconocimiento limitado no explican el escenario de movilización y de reafirmación étnica, por lo que resulta indispensable analizar cómo dichas medidas dialogan con el proceso interno vivido por las comunidades indígenas mapuche que contribuyeron a estimular la reafirmación étnica y el proceso de movilización.

4.1.- La rearticulación de la identidad indígena mapuche.

Las organizaciones mapuches que nacieron durante la dictadura utilizaron un discurso político ambiguo.²⁷⁹ Por un lado, manifestaron un profundo discurso de reivindicación cultural y étnico, mientras que, por otro, fueron parte activa en la oposición al gobierno militar y el retorno de la transición a la democracia. Muchos de sus dirigentes se encontraban vinculados a los partidos políticos de oposición al gobierno de Pinochet y una vez terminada la dictadura negociaron reformas institucionales en los primeros momentos de la transición. Como resultado de este proceso, las organizaciones indígenas lograron introducir reformas legales en el sistema político, sin desafiar radicalmente el modelo político y económico impuesto por la dictadura. Como ya señalamos, estas modificaciones consistieron básicamente en la implementación de una nueva institucionalidad indígena y un reconocimiento atenuado de derechos diferenciados.

Sin embargo, el periodo de la dictadura marca un punto de inflexión en la discursividad indígena, a juicio del historiador Sergio Canuiqueo, se ha planteado

²⁷⁸ Ibidem.

²⁷⁹ Parafraseando a Michel Foucault, cada discurso social —conjunto de valores, creencias y sistemas de pensamiento— contiene una o más afirmaciones de verdad generadas políticamente. Foucault también cree que cada discurso se encuentra con un contra discurso que desafía la legitimidad del discurso original. Vilchis, M. Michel, M. Ricoeur, P. (2013). Dos enfoques del discurso. La Colmena. (78). 53-57.

históricamente una falsa dicotomía *entre los indígenas y las izquierdas y las derechas*.²⁸⁰ Mientras que la primera – izquierda- aparece como un aliado, la segunda -derecha- representa un adversario que ha ocupado su territorio y expoliado los recursos de los indígenas y sus comunidades. Así mientras que para la izquierda la alianza indígena-clase resulta natural, porque la clase obrera chilena y los indígenas están en la misma situación de menoscabo y explotación, para la derecha el indígena es víctima y causante de su propia pobreza, atendida su dependencia de las protecciones estatales y de las políticas de focalización de recursos públicos que lo transforman en un individuo dependiente del cuidado del estado.²⁸¹ Caniuqueo profundiza su análisis arguyendo que en el pasado reciente hubo una intensa estrategia discursiva, que aún se encuentra presente, que buscó identificar a los mapuches con la clase proletaria, y reemplazar su conciencia étnica por una conciencia de clase.²⁸² Siguiendo esta línea de ideas Caniuqueo argumenta:

*“Los mapuches eran carne de cañón para la izquierda, y tuvieron que enfrentar las consecuencias de los sueños frustrados de sus compañeros de izquierda durante los primeros años de la dictadura. Se contentaba con tener tierras para trabajar, el socialismo era solo una idea vaga para muchos de ellos, aunque para algunos era una causa adoptada conscientemente.”*²⁸³

Esta identificación entre izquierda e indígenas fue recogida por la dictadura, que focalizó con particular encono la represión contra el mundo indígena en general y mapuche en particular. El primer paso de la dictadura respecto a la demanda mapuche fue la interrupción inmediata del proceso de reforma agraria que había comenzado durante el gobierno del conservador Jorge Alessandri y continuado durante los gobiernos de Frei y Allende en la década de los 60 e inicios de los setentas. La contrarreforma agraria se implementó como si fuera un tratamiento de *electroshock* en los campos del sur de Chile y se llevó a cabo de manera rápida y violenta, durante los primeros días de la dictadura se puso término al proceso por la vía de los hechos, se intervino con la fuerza militar directamente

²⁸⁰ Paillal, J. M., Marimán, P., Caniuqueo, S., Levil, R. (2006). *--¡Escucha, winka--!: cuatro ensayos de Historia Nacional Mapuche y un epílogo sobre el futuro*. LOM ediciones.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ *Ibidem*, pp. 206-207.

las cooperativas y las comunidades indígenas originadas durante la reforma agraria suspendiendo y terminando con su funcionamiento mediante desalojos masivos, detenciones secuestros y asesinato de dirigentes. Al decir de los profesores Nancy Yáñez y Martín Correa, la contrarreforma agraria tuvo como consecuencia:

*“El proceso de contrarreforma implementado de 1973 a 1978 terminó por empobrecer aún más a las comunidades indígenas pues desarticuló organizativa y productivamente al pueblo mapuche y sus comunidades que habían sido parte activa en la redistribución de la propiedad agrícola en el sur de Chile”.*²⁸⁴

En paralelo la dictadura militar implementó políticas de producción agrícola que promovieron la división y liquidación de las cooperativas indígenas que se habían formado durante la reforma agraria fomentando la constitución de propiedades individuales. Si bien en algunos casos el gobierno militar revocó la expropiación y ordenó devolver la tierra a sus antiguos propietarios en la mayoría de los casos puso la tierra indígena en subasta pública.²⁸⁵ Como resultado de esto, muchas de aquellas tierras entregadas a organizaciones mapuche fueron adquiridas por empresas privadas a precios absurdamente bajos lo que constituye el origen de la inversión e industria forestal en los territorios indígenas en la zona centro sur del país. Como resultado, un porcentaje cercano al 70 % de las tierras expropiadas entre 1961 y 1973 fueron devueltas a sus antiguos propietarios o subastadas al capital nacional y extranjero.²⁸⁶

La paralización de la reforma agraria junto a una batería de profundas reformas económicas implementadas por la dictadura y sus asesores de la escuela de Chicago apuntaron a reducir el papel del Estado en la economía a través de la liberalización de los servicios básicos, la privatización de los recursos naturales, disminución de impuestos al capital y la eliminación de los subsidios directos a diversas áreas, con el fin de atraer inversiones y estimular la entrada del capital extranjero.

²⁸⁴ Correa, M., Molina, R. y Yáñez, N. (2005). *La reforma agraria y las tierras mapuches*. Chile 1962-1975. Santiago: LOM Ediciones, p. 276.

²⁸⁵ Ibidem, p. 277.

²⁸⁶ Ibidem.

El plan económico de la dictadura - *conocido como el ladrillo*²⁸⁷ - se basó en la triada de Hayek compuesta por un plan de recortes presupuestarios al sector estatal (austeridad), la privatización de las empresas públicas y el realineamiento orientado al mercado del comercio y la liberalización económica con mínimas barreras arancelarias. Estas políticas liberales extremas provocaron la llegada de capital nacional y extranjero a tierras indígenas en todo Chile y el empobrecimiento del sector agrícola nacional tanto indígena como no indígena.²⁸⁸

La implementación del modelo económico liberal extremo reprodujo el paradigma del crecimiento hacia el exterior, según el cual el motor de la economía está dado por la exportación y producción de *commodities* y productos básicos. Este modelo de desarrollo se caracteriza por un énfasis en el dominio del capital privado y el papel central asignado al sector privado por sobre el rol del estado. Del mismo modo, implica una pérdida de legitimidad de la propiedad pública, y de la burocracia estatal como promotora del desarrollo nacional y un énfasis en la propiedad privada y la libre iniciativa.²⁸⁹ Todos estos principios esbozados e implementados en los primeros años de la dictadura terminaron siendo plasmados en el orden constitucional establecido por la Constitución de 1980.²⁹⁰

En el plano ideológico, la dictadura buscó fortalecer la idea de homogeneidad chilena fomentando una mirada nacionalista de la sociedad que promoviera la eliminación de todo tipo de derechos especiales para los pueblos indígenas y protecciones a sus tierras. Esto conllevó la eliminación de sus tierras comunales, la promoción de la propiedad individual y la desregulación de la enajenación de las tierras indígenas significó no solo el fin de las tierras comunes o comunidades indígenas —en términos físicos y legales—, determinando la desaparición de la idea de comunidad como lugar de resistencia cultural, es decir como un espacio donde la cultura indígena se mantenía, reproducía y reforzaba. La legislación dictada por la dictadura pretendió fortalecer la propiedad privada estimulando la

²⁸⁷ Cavallo, A. (2004). Op cit.

²⁸⁸ Bengoa, J. (2002). *Historia de un conflicto. El Estado y los mapuches en el siglo XX*. Santiago: Planeta.

²⁸⁹ Tricot, T. (2008). *Identidad y política en el Nuevo Movimiento Mapuche*. Historia Actual Online, (15), p. 44.

²⁹⁰ Son particularmente visibles en las normas de Orden Público Económico a la que nos hemos referido en el capítulo anterior.

propiedad y el esfuerzo individual por sobre el colectivo, como dice el profesor Bengoa en relación a la legislación dictada en este periodo:²⁹¹

*“La ley apeló al individualismo y a la ruptura de las solidaridades, cuestión, bien se sabe, tan humana como la solidaridad y la honesta búsqueda de agrupamientos. Al dividir la comunidad se entregaba la tierra a quien vivía en el campo y se declaraba a todo quien no habitaba físicamente en ese momento ausente”.*²⁹²

Sin embargo, este esfuerzo de la dictadura no solo determinó el fin de la idea de comunidad mapuche sino que también estimuló la renovación y rearticulación del movimiento mapuche, así como la de sus discursos y estrategias. Las nuevas organizaciones indígenas, ahora desconectadas de los discursos de la izquierda, comenzaron a articularse en torno a los espacios abiertos por la Iglesia católica, Bengoa destaca que:

*“El año setenta y ocho, podría decirse, es la fecha de inicio de la nueva emergencia indígena en Chile. La característica de este nuevo discurso será una fuerte reafirmación étnica, esto es, su énfasis en marcar las diferencias con la sociedad llamada a veces occidental o, más bien dicho, criolla. A diferencia de lo que había ocurrido durante la Unidad Popular, en que los indígenas se habían plegado al movimiento campesino y a la Reforma Agraria, a partir de los ochenta los indígenas van a mostrar su diferencia y distancia con los otros movimientos sociales, formando asociaciones y reivindicaciones autónomas. La cuestión étnica se va a separar de la cuestión social en general, e incluso van a criticar crecientemente la intermediación de los partidos políticos”*²⁹³

Ya desde fines de la década de los setentas las organizaciones indígenas expresan su desafección con los partidos tradicionales, articulando su discurso a partir de la reivindicación de su identidad como pueblos para ello se organizan formando asociaciones y formulando reivindicaciones diferenciadas. El aspecto étnico paulatinamente se irá

²⁹¹ Decreto Ley 2.568 de 1979. En:

²⁹² Bengoa, J. (2000). Op cit. p. 174.

²⁹³ Ibidem, p. 172.

separando de la cuestión social general, e incluso se alejará de la intermediación de los partidos políticos tradicionales. Muchos autores sostienen que este periodo da inicio al nacimiento de un nuevo discurso indígena caracterizado por la separación del mundo mapuche, respecto del mundo no mapuche.²⁹⁴ El nuevo discurso mapuche que emerge de la dictadura estará marcado por la reinvención de sus tradiciones, la reconstrucción de la identidad, el rescate de narrativas antiguas, y por el nacimiento de nuevas organizaciones que superan los vínculos con los partidos tradicionales chilenos tanto de izquierdas como de derechas.

El periodo del gobierno militar conlleva la salida de la escena de una generación de dirigentes que habían sido actores de primera línea en los principales hitos políticos y sociales de la historia nacional en el siglo XX esta jubilación da paso a una renovación dirigencial donde los jóvenes dirigentes y sus organizaciones toman el lugar de los antiguos líderes, sin embargo esto no solo constituye un cambio de nombres y caras sino un profundo giro discursivo. El nuevo despojo provocado por la dictadura y sus contrarreformas acentuó la separación, la distancia y la exclusión del mapuche. La identidad, pertenencia y cultura se convirtieron en lo esencial y las organizaciones y comunidades se volcaron a mirarles para encontrar elementos de autodefinición colectiva. Así lo sostiene también el reconocido historiador mapuche Pablo Marimán quien en una entrevista realizada en el medio *Azkintuwe* afirmó:

“Si hay algo que explica la desconexión entre los discursos históricos mapuche pre-dictadura, y los discursos postdictadura, es durante este período que germina la idea del proyecto histórico. Este es el momento de un ‘punto de quiebre’ en la continuidad histórica. Uno de los factores que influyó en este cambio de los partidos de clase tradicionales a un nuevo discurso político mapuche fue la conexión establecida con el movimiento indígena internacional, especialmente por el Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas”.²⁹⁵

²⁹⁴ Ibidem, p. 173.

²⁹⁵ Marimán en Cayuqueo, P. (2008). *La izquierda chilena no podía ver a los mapuches como nación*. Semanario Azkintuwe.

Durante la segunda mitad de la década de 1980, coincidiendo con el ocaso de la dictadura las organizaciones indígenas más representativas de los pueblos mapuche, aymara y rapa nui plantearon un conjunto de demandas para buscar resguardo a sus derechos amenazados, particularmente el derecho a la tierra y a sus territorios, y para proponer una nueva relación con el Estado. Entre los aspectos centrales de estos reclamos es posible destacar el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural hasta entonces negada en el país, la participación de representantes indígenas en la dirección de la política indígena del Estado, el resguardo legal de sus tierras y aguas, la concesión de tierras públicas o privadas adquiridas por el Estado con el propósito de poner fin a las reducciones de tierras, y el apoyo al desarrollo económico y cultural de sus pueblos y comunidades. Ciertamente, estos factores contribuyeron a estimular el giro de los discursos culturalistas a hacia otros más cercanos a la autonomía indígena, que ampliamente se extendieron desde la década de 1990. Así entonces hasta el golpe de Estado los indígenas exigían mejoras económicas y culturales, sin embargo, desde mediados de los noventa, el discurso político indígena estará marcado por el reconocimiento de los derechos colectivos a la tierra, los territorios y la autodeterminación.²⁹⁶

4.2.- El esencialismo indígena y el etnonacionalismo.

La politización y reconstrucción de la identidad étnica están estrechamente imbricadas. En efecto los pueblos indígenas han emprendido un proceso prolongado desde la década de 1980 para preservar y rescatar su cultura, idioma, símbolos y rituales. Como resultado, han fortalecido su memoria colectiva y, al mismo tiempo, han reforzado su conciencia étnica.

En este proceso de reconstrucción, la historia —no la real sino la historia imaginada— es entendida como una fuente de legitimación política. ²⁹⁷La ventaja de la historia es que rescata del pasado aquello relevante y conveniente para el futuro. En palabras de Santos Juliá:

²⁹⁶ Bengoa, J. (2000). Op cit.

²⁹⁷ Hobsbawm, E. (1983). *La invención de la tradición*. Ed Paidós 2012. Buenos Aires Argentina.

“La representación del pasado cambia a medida que se transforma la experiencia del presente. Por eso los hechos históricos se resisten a lo que en su momento se precisa, cabe recurrir a reinventarlos. Ello permite convertir meras costumbres que apenas alcanzan la centuria en tradiciones seculares. Permite considerar héroes de una causa a personajes que batallaron por otra muy distinta. Y entender como hechos fundadores circunstancias que en su día respondieron a necesidades que nada tienen que ver con las que se les atribuye. Y ello porque el nacionalismo concibe [y recurre a] la historia, antes que nada, como una fuente de legitimidad política”²⁹⁸.

La distinción entre historia real e imaginada, siguiendo a Anderson, es fundamental toda vez que el capitalismo, junto al nacimiento y utilización de la imprenta facilitó la imaginación de naciones a través de la historia. El capitalismo impreso creó “*lenguajes de poder*”, poniendo en posición de privilegio algunos pocos idiomas seleccionados por su imprimibilidad.²⁹⁹ En última instancia, la convergencia de capitalismo y tecnología posibilita el nacimiento de un nuevo tipo de “*comunidad imaginada*”, que podría compartir idiomas nacionales impresos pero junto con el idioma podía compartir un relato común un mito fundacional que le daba un sentido de pertenencia. Este ecosistema preparó el escenario para el nacimiento de la nación moderna.³⁰⁰

Por su parte y tratándose de los indígenas, y en especial de los mapuches, en este proceso de reconstrucción o invención de la narrativa común e identidad colectiva, el uso del lenguaje escrito y pero también de internet ha estimulado el fortalecimiento identitario, la aparición de símbolos y el rescate de ritos y tradiciones “*ancestrales*” ha jugado un papel fundamental en la resurgencia indígena, así la bandera mapuche (*wenufoye*) y la festividad

²⁹⁸ Juliá, S. (1997). *Anomalía, dolor y fracaso de España*. Ciudad Real: Universidad de Castilla-La Mancha.

²⁹⁹ Anderson, B. (2021). *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

³⁰⁰ Ibidem.

nacional (*wetripantu*) son hoy de uso común a ambos lados de los andes.³⁰¹ En el año 2010, el cacique mapuche Jorge Weke expresó en relación con la bandera mapuche:

*“La bandera es un símbolo de liberación, de auto reconocimiento como nación milenaria, de creer en la unidad dentro la diversidad, de respetar, de valorar cada frente de lucha, de valorar cada aporte que hace un mapuche donde sea que se encuentre. Este emblema se podría decir que nació aquel día 6 de octubre en medio de una batalla hostil, en donde se impuso la violencia para negar lo innegable, que somos un pueblo y que tenemos derechos. Yo en lo personal la respeto y valoro profundamente, igual como los wenufoye de nuestras ceremonias espirituales. Los mapuches no podemos honrar la bandera chilena, no podemos honrar símbolos con los cuales se han dado golpes de genocidio contra nuestra gente, todo ello en nombre de la patria”*³⁰²

De un modo similar sucede con la recuperación del año nuevo mapuche o *wetripantu*, este es la celebración del solsticio de invierno en el hemisferio sur y que constituye una celebración con la naturaleza, la familia y la comunidad. En ella se festeja la renovación de la vida, la tierra y los animales. Esta práctica siempre ha formado parte de la memoria colectiva de los indígenas en el hemisferio sur pero que producto de la evangelización cristiano católica, fue reemplazada por la celebración de san Juan Bautista.³⁰³

En efecto, como se evidencia, la identidad indígena es depositaria y, al mismo tiempo, produce y reproduce significados que fortalecen la pertenencia a una comunidad imaginada. Al hacerlo, se descubren e inventan rituales, símbolos y tradiciones. La resignificación de ritos y la construcción de mitos y símbolos nacionales son fundamentales en los procesos de reconstrucción nacional y en el surgimiento de movimientos de corte nacionalista.³⁰⁴

³⁰¹ Bengoa, J. (2002). Op cit.

³⁰² Cayuqueo, P. (2010). *La bandera mapuche contada por Jorge Weke*. Azkintuwe.

³⁰³ Festividad celebrada el día 24 de junio que coincide con el solsticio de invierno y el inicio del nuevo ciclo en el hemisferio sur.

³⁰⁴ Hobsbawm, E. y Ranger, T. (eds.) (2012). *La invención de la tradición*. Crítica.

En esta politización de la identidad nacional, la búsqueda del “origen” juega un papel central. Así lo muestra la alegoría a la Ruritania de Gellner y la mitogénesis que el autor plantea en su obra seminal sobre el nacionalismo.³⁰⁵ Para quienes reconstruyen su identidad, el viaje al origen —cuasi metafóricamente, la vuelta a la madre— se ha transformado en una meta. El origen, más no el pasado, constituye la búsqueda de un nuevo Grial. En palabras del español Savater, el viaje al origen nos muestra el sentido más profundo de las cosas:

*“El origen es [...] un comodín irrefutable, que zanja toda discusión subjetiva [...]. En esta hora presente en que todo es relativo, el origen puede afirmarse como inapelable y absoluto [...]. El origen es una provincia del pasado, pero indiscutible, invulnerable, incorruptible. Lo que ocurre es que el vendaval de los tiempos recientes [...] ha ocultado en sus brumas lo originario. De modo que hay que rescatarlo, establecerlo de nuevo [...]. Es la tarea de los profetas del origen.”*³⁰⁶

En efecto, los procesos de fortalecimiento identitario son frecuentes a lo largo del globo, en aquellos países con presencia de nacionalidades históricas o de minorías etnonacionales como México, Perú, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, este proceso de reconstrucción de la identidad étnica e indígena se tradujo en el nacimiento de movimientos etnonacionalistas con profundas aspiraciones políticas y que lograron o han logrado una presencia relevante en los escenarios políticos nacionales. Así, mientras la mayoría de ellos se inserta en la vida democrática del estado planteando reivindicaciones específicas, otros han llegado a plantear la posibilidad de separaciones estatales, como ha sucedido en Cataluña, Escocia y Quebec. Junto a ellos también existen otros con planteamientos menos amables donde han reivindicado la violencia terrorista como instrumento de presión política, como sucedió con movimientos extremistas quebequenses, vascos o irlandeses.³⁰⁷

³⁰⁵ Gellner, E. (1983). *Nations and Nationalism*. Oxford: Basil Blackwell.

³⁰⁶ Savater, F. (1995). Op. Cit.

³⁰⁷ Hutchinson, J. (1996). *Etniciy*. Oxford University Press. Oxford.

4.3.- La movilización étnica mapuche.

El retorno democrático en Chile significó, entre otras cosas, que las reivindicaciones y estrategias políticas indígenas cambiaron sustancialmente en términos de contenidos y métodos. Recurriendo nuevamente al historiador Pablo Marimán explica este cambio haciendo presente que una parte importante de la sociedad mapuche quiere discutir con el Estado en el ámbito de la definición de políticas y modelo de desarrollo, no solo sobre los aspectos económicos de apoyo gubernamental, o sobre la implementación de políticas sociales para superar la pobreza. El historiador Mariman agrega:

*“Queremos debatir sobre el paquete completo, es decir, queremos cuestionar la integración política, económica y militar por sí misma. Asimismo, queremos debatir, y cuestionar la forma en que el Estado llevó a cabo el proceso de asimilación e integración, sus consecuencias en términos de empobrecimiento y exclusión política de los mapuches”*³⁰⁸

El nacimiento de un nuevo discurso político marcado por la territorialización de las demandas y la reivindicación de los derechos a la autodeterminación condujo a la conformación de nuevas organizaciones funcionales a este nuevo discurso, caracterizado por la politización de la identidad étnica. La académica especialista en Latinoamérica Dra. Deborah Yashar argumenta que, durante un tiempo, los Estados latinoamericanos trataron de forzar a los indígenas a asumir identidades diferentes a la propia sea como campesinos, proletarios, emprendedores, empresarios o ciudadanos. Pero estos esfuerzos fueron sólo parcialmente exitosos, de hecho plantea Yashar, a finales del siglo XX, las divisiones étnicas se re politizaron y las identidades indígenas se volvieron políticamente prominentes, dando origen al nacimiento de un clivaje.³⁰⁹

La profesora Yashar agrega que la movilización y la politización de los indígenas aparecen como una respuesta defensiva de estos a la expansión económica del libre mercado y la globalización. Desde esta perspectiva, es posible suponer que los mercados libres son percibidos por los indígenas como potencialmente dañinos a sus formas de vida culturas y

³⁰⁸ Cayuqueo, P. (2008). Op. Cit.

³⁰⁹ Yashar, D. (2005). *Contesting Citizenship in Latin America: The Rise of Indigenous Movements and the Postliberal Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 388, traducción propia.

territorios, lo que incide en la politización indígenas pues frente a la desaparición - real o imaginada- de su cultura e identidad las comunidades indígenas no pueden permanecer impávidos sino que “*deben actuar para defenderla*”.³¹⁰ Entonces la noción de “*reorganización étnica*” adquiere un sentido completo, pues resume las características de esta nueva fase del movimiento mapuche en Chile que nace precisamente en este periodo.³¹¹

Pero la reconstrucción etnonacional también puede traer aparejada una dimensión menos amable, la del etnonacionalismo —esencialismo— o derechamente el nacionalismo étnico. En términos de Handelman, este último expresa la transición de una etnia a una asociación étnica.³¹² En este contexto otro concepto cobra relevancia la “*etnopolítica*”, esta es definida por Rothschild en los siguientes términos:

*“Movilizar la etnicidad o la cultura de un dato psicológico a una palanca social o política con el propósito de alterar o reforzar los sistemas de desigualdad estructurada [...] entre categorías étnicas”*³¹³

El aumento de la identificación con una población étnica determinada —que incluye la preservación de fuertes entramados de interacción étnica con instituciones que socializan nuevos miembros y refuerzan los lazos sociales— constituye un elemento central en el proceso de movilización étnica. La identidad étnica es una construcción social que se encarna en contextos históricamente determinados y es, por esencia, dinámica y volátil. El proceso de politización de la etnicidad incluye demandas contra la exclusión cultural, que históricamente se ha generado por la construcción del proyecto de Estado nación, y tiene por objetivo re formular la relación entre el estado y los grupos étnicos mediante una estrategia de reacomodo y distribución del poder político.

La conformación del discurso etnonacional se ha transformado, entre nosotros, en un proceso de movilización étnica indígena en toda Latinoamérica y en lo que nos atañe en relación al pueblo mapuche, este se ha extendido también a la república Argentina. Es decir,

³¹⁰ Ibidem, p. 290.

³¹¹ ibidem.

³¹² Terwindt, C. (2009). Op. Cit., p. 245.

³¹³ Rothschild, J. (1981). *Ethnopolitics: A Conceptual Framework*. Nueva York: Columbia University Press, p. 290, traducción propia.

el proceso ha salido de las fronteras nacionales para convertirse en un proceso a escala internacional. En este orden de ideas, el discurso identitario mapuche, a decir de Marimán:

*“Está reclamando no solo el reconocimiento de su identidad política, sino también la autodeterminación. En este contexto, el reclamo frente el despojo de sus territorios, recursos naturales, agua, gas y petróleo es parte de esta demanda, pero también lo es una reconfiguración de la relación con los estados y sociedades chilenas y argentinas”*³¹⁴

Las demandas etnonacionalistas expresadas en las últimas décadas, en las que la identidad es un componente esencial, se instalaron en el centro de la acción y el discurso del movimiento mapuche, y fueron la ruptura paradigmática más importante durante ese periodo, adquiriendo cada vez más intensidad frente a la inacción del Estado. La movilización mapuche plantea un doble desafío, primero a las instituciones democráticas del estado, consistente en la construcción de sociedades verdaderamente respetuosas con la diversidad cultural, pero otro interpela la capacidad de los indígenas, particularmente mapuches, de establecer discursos incluyentes y convocantes ajenos a fundamentalismos y tentaciones antidemocráticas.

4.4.- El etnonacionalismo y las identidades excluyentes.

Según datos de las Naciones Unidas los pueblos indígenas constituyen alrededor de 480 millones de personas a lo largo del planeta, lo que representa alrededor del 6,2 % de la población mundial.³¹⁵ Los indígenas constituyen una realidad global y se extienden por casi la mitad de todos los países del mundo.³¹⁶ Durante siglos sus derechos, culturas e identidad han sido excluidos y negados por las sociedades en las que se encuentran insertos. Sin embargo, y a pesar de ello los indígenas han resistido, persistido y perseverado y en muchos

³¹⁴ Cayuqueo, P. (2008). Op. Cit.

³¹⁵ Naciones Unidas (2022). Pueblos indígenas Naciones Unidas. United Nations; United Nations. <https://www.un.org/es/fight-racism/vulnerable-groups/indigenous-peoples#:~:text=Hay%20m%C3%A1s%20de%20476%20millones,m%C3%A1s%20de%205000%20grupos%20distintos>

³¹⁶ Naciones Unidas (2022). Ibídem.

casos han fortalecido sus lazos internos de solidaridad e incluso reforzado su identidad frente a la sociedad mayor. A partir de la primera mitad del siglo XX la situación indígena comienza a cambiar lentamente. Desde organismos internacionales como desde el derecho comparado especialmente de América del norte se fue configurando una nueva relación con el estado. Esto se ve plasmado en la dictación o enmienda de nuevas constituciones como la de Canadá en 1982, pero principalmente en la dictación de nuevos instrumentos internacionales que paulatinamente incorporan normas de protección a los indígenas sea tanto de "*hard law*" como de "*soft law*", incorporando disposiciones específicas para garantizar el respeto de sus derechos específicos.³¹⁷

En efecto, la diversidad étnica y cultural es la norma, mientras que la homogeneidad cultural constituye la excepción. La heterogeneidad plantea cuestiones y desafíos relevantes en las sociedades modernas pero también asuntos potencialmente divisivos que eventualmente pueden tensionar la convivencia interna y escalar en escenarios de politización. Uno de estos asuntos que es cada vez más evidente a lo largo del globo, son los fenómenos masivos de migración y la necesidad del establecimiento de regulaciones estrictas para ella. Luego en relación a la preexistencia, el reconocimiento de derechos especiales en función del grupo y la naturaleza usualmente constituye un punto de controversia al interior de las plurales. Del mismo modo, también genera tensiones el modelo de relación que el estado promueva o deje de promover a fin de administrar la relación intra e intergrupales, promoviendo modelos de asimilación como el *melting pot* o la implementación de políticas de valoración de la diversidad.

4.4.1.- La diversidad como fuente de tensiones.

Las diferencias étnicas y culturales constituyen la fuente más frecuente de tensión política y conflictos en el mundo moderno. De ahí la relevancia de articularlas y administrarlas al interior de las sociedades, con miras a lograr acuerdos que permitan administrar institucional y democráticamente las tensiones que esta puede provocar en la convivencia social. En este sentido, como se ha señalado previamente la diversidad cultural

³¹⁷ Szpak, A. (2018). *El derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación: perspectiva del derecho internacional*. Universidad Nicolás Copérnico. 59. 178–204. DOI:1015804.

tiene dos grandes fuentes, la migración y la preexistencia, en otras palabras, los grupos étnicos y los grupos o minorías etnonacionales.

En efecto las minorías etnonacionales han sido históricamente objeto de procesos forzados de asimilación, aculturación e incorporación a una cultura mayoritaria. Muchos de ellos han sido incapaces de resistir a este proceso y han terminado fusionándose con la cultura de la sociedad mayor. En estos casos, el resultado no ha sido otro que la propagación de una única cultura social común por todo el territorio estatal. Es lo que se conoce paradigmáticamente como Estados nación, cuyos ejemplos más recurrentes son Inglaterra, Portugal, Francia y Alemania. Sin embargo, lo más frecuente en la historia de la humanidad es que suceda el fenómeno contrario, es decir, que los grupos etnonacionales subsistan el proceso de construcción nacional, manteniendo, y a veces fortaleciendo, sus lazos de pertenencia: Hay casos en que grupos o minorías que se encuentran concentrados geográficamente en el territorio estatal han resistido exitosamente su integración a la cultura dominante. En dichos Estados —como Bélgica, Canadá, Suiza y Australia— una o más minorías nacionales coexisten junto con la cultura dominante conservando sus lenguas e instituciones distintivas.³¹⁸

En este sentido, la evidencia señala que, no obstante, el peso de la cultura mayoritaria oficial existe una diversidad de grupos que han sido capaces de mantener aspectos fundamentales de su identidad, como la lengua, la religión y el sentido de territorialidad, en torno a los cuales conforman y mantienen su cultura. Muchos de ellos han buscado y logrado no solo mantener su identidad, sino reafirmar y reforzar su pertenencia al grupo. Tómese en consideración, por ejemplo, en la identidad vasca, catalana o gallega en la España franquista o en la identidad indígena en Latinoamérica luego de siglos de colonización, si bien pareciera que vascos, bretones, alanés y mapuche no tienen nada en común es posible sostener sin equivocarse que sus procesos de reafirmación identitaria tienen elementos comunes, en efecto tanto vascos, como quechuas, escoceses, valones o irlandeses comparten la resistencia a la asimilación, mantención de su cultura, reinención de la cultura social, procesos de solidaridad étnica y reconstrucción de la identidad etnonacional³¹⁹.

³¹⁸ Kymlica, W. (2007). Op. Cit, p 59.

³¹⁹ Ibidem.

Resulta ser paradójal que hace no mucho tiempo, la mayoría de los teóricos liberales —particularmente en la década de los noventa— se mostraban convencidos de que la modernidad y la globalización disolvería las identidades nacionales y las subnacionales sustituyéndolas por una identidad cosmopolita y universal o por una identidad posnacional de índole cívica.³²⁰ Sin embargo, no pasó mucho tiempo para que quedara en evidencia este error. Prácticamente todos los debates actuales sobre el nacionalismo comienzan con la pregunta sobre cómo y por qué la filosofía y la teoría política fueron incapaces de anticipar la intensidad del resurgimiento del nacionalismo, especialmente el nacionalismo más peligroso, el nacionalismo étnico.³²¹ Luego del colapso de los socialismo reales y con ello el fin de la historia, no fueron pocos quienes celebraban la globalización y su idea de ciudadanía global, aparición de internet y la aldea global. Sin embargo, mientras la globalización se extendía a velocidades inimaginables, de modo silencioso y subterráneo paulatinamente comenzaron a gestarse procesos de fortalecimiento identitaria en múltiples grupos excluidos a lo largo del mundo³²². El resurgimiento de secesiones estatales, limpiezas étnicas e incluso guerras civiles fueron el ejemplo más extremo de dichos procesos. La caída, desmembramiento y desaparición de la Unión Soviética en 1991, la guerra de Chechenia, Ruanda y la guerra civil yugoslava nos mostraron, una vez más, que los nacionalismos se encontraban aún muy presentes en nuestras sociedades.

Una corriente mayoritaria de académicos e intelectuales plantearon, con cierto grado de razón, que fue la globalización la que fortaleció la reconstrucción de las identidades nacionales. En efecto, se argumentó que, al igual que la modernidad había conducido a la despolitización de las identidades religiosas a través de la separación entre la Iglesia y el Estado, sería la misma modernidad la que despolitizaría las identidades.³²³ Sin embargo, la modernidad y globalización parecieron estimular el resurgimiento de estas identidades y, en muchos casos, agudizaron su intensidad, como si la idea de lo universal hubiera exacerbado la importancia de lo singular.³²⁴

³²⁰ Ibidem.

³²¹ Ibidem.

³²² Žižek, Slavoj. (2016). *El islam y la modernidad reflexiones blasfemas*. Ed Herder. 85.

³²³ Peña, C. (2016). Op cit.

³²⁴ Ibidem.

Latinoamérica no se quedó atrás, y los pueblos indígenas de la región tampoco. Durante ese mismo periodo, surgieron procesos de reafirmación de la identidad indígena, seguidos de su politización. En los años ochenta, en Nicaragua, surgieron las autonomías indígenas luego de una larga guerra civil, y esto allanó el camino para que solo unos años más tarde ocurriera el levantamiento zapatista en México el año 1994. La conmemoración del quinto centenario del descubrimiento de América o también llamado “encuentro de dos mundos”³²⁵, que vino aparejado al nacimiento de un nuevo clivaje político, el clivaje étnico que irrumpió con fuerza en las agendas políticas latinoamericanas, es precisamente en esta década cuando el clivaje y la participación política indígena reaparecen con inusitada fuerza como la “*novedad de una cuestión antigua*”.³²⁶ En este sentido, el surgimiento del EZLN en México, el movimiento indígena en Ecuador, los Cocaleros en los Andes bolivianos, los trabajadores rurales Sin Tierra en Brasil y el movimiento mapuche en Chile y Argentina son ejemplos del surgimiento de un nuevo tipo de ciudadanía, que consiste en desafiar la idea de homogeneidad y comunidad nacional, y reivindicar la identidad indígena como un factor de participación política, así el indigenismo culturalista de origen mexicano dio paso a la reivindicación de los derechos políticos de alta densidad como también a la reivindicación de la autodeterminación como un derecho fundamental de los pueblos indígenas.³²⁷

Este proceso de fortalecimiento de la identidad y la movilización étnica indígena que le sigue, estuvo marcado por el rescate de las denominadas cualidades primordiales - lengua, cultura, religión etc.-, donde la reconstrucción del pasado jugó un rol fundamental, nuevamente resultó indispensable, fue necesario volver al origen para dar sentido al presente. En este viaje abundan alquimistas, paleontólogos y videntes del pasado, que en su búsqueda de la pureza promovieron, estimularon e hicieron prospecciones de la cultura y reliquias indígenas cuando ello no fue posible simplemente las inventaron o resignificaron, para luego plasmarlas en obras consideradas hoy seminales. Con ello, los buscadores del grail ayudaron a re-imaginar la historia, las tradiciones y los símbolos indígenas, y en aquellos

³²⁵Giral, F. (1986). *El encuentro de dos mundos*. El País.

³²⁶ Prado, M. (2003). *La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento*. Colección de Investigaciones Jurídicas, 3.

³²⁷ Anderson, B. (2021) Op. Cit.

casos en que el peso de la historia las había cubierto de polvo y olvido simplemente decidieron crearlas nuevamente.³²⁸

4.4.2.- Exclusión e identidad.

Como se ha planteado reiteradamente, toda identidad es dialógicamente creada y constituida. La identidad se crea, refuerza o debilita siempre en relación con otros, que Taylor denomina “*otros significantes*”.³²⁹ Identidad y reconocimiento están íntimamente conectados. La identidad requiere del reconocimiento —o de su ausencia— para moldearse, reafirmarse o desdibujarse. Así es posible pensar por ejemplo, en el reconocimiento de la identidad indígena. Históricamente, en Chile y Latinoamérica fue percibida como símbolo de atraso, marginalidad, pobreza, ruralidad y salvajismo. En consecuencia, se trataba de una identidad *depreciada* socialmente, cuando no inexistente. Esta ausencia de reconocimiento se tradujo en discriminación, racismo y desprecio hacia quien la portara, toda vez que su sola imagen se asociaba con prejuicios, estereotipos y valores negativos.

Para que exista un reconocimiento verdadero, donde el otro constituya un legítimo otro, resulta indispensable una política que deje espacio para deliberar públicamente acerca de aquellos aspectos de nuestra identidad que deseamos compartir o no con el resto de la sociedad. En este sentido, una sociedad será democrática y deliberativa en la medida en que la identidad y la pertenencia al grupo sean construidas por un diálogo colectivo.³³⁰

Con todo, el proceso de reconstrucción y politización de las identidades étnicas y la reconstrucción de grupos etno-nacionales está lejos de ser un proceso simple. Por el contrario, se trata de un viaje azaroso plagado de intrincados vericuetos, donde acechan los peligros y tentaciones autoritarias y excluyentes, especialmente cuando se trata de aquellas culturas invisibilizadas, minorizadas, excluidas e históricamente discriminadas. Los ejemplos históricos nos indican que la profundización de las diferencias étnicas, las velocidades del proceso de reconstrucción etnonacional, la eficiencia de las políticas públicas, la presión o la

³²⁸ Savater, F. (1995). El origen: meta y mito. El País.

³²⁹ Taylor, C. (1994). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Fondo de cultura económica.

³³⁰ Gutmann, A. (1993). *Democracy & Democratic Education. Studies in Philosophy and Education*, 12(1).

violencia política ejercida sobre el grupo, la discriminación y la pobreza tendrán incidencia en la intensidad de esta construcción, como asimismo incidirán en los grados de tolerancia intergrupales. En estos casos, la reconstrucción de la identidad puede entrañar dimensiones peligrosas, como el nacimiento de discursos fundamentalistas y étnicamente excluyentes. Los estudiosos del tema, dan cuenta que los discursos excluyentes tienden a agudizarse cuando el fortalecimiento de la conciencia e identidad grupal se centra principalmente en la reivindicación o rescate de cualidades o características primordiales. Es decir, cuando se basa preferentemente en nociones como raza, cultura, religión e historia, en tanto criterios definitorios de inclusión y exclusión.³³¹

En este sentido, precisa Kymlicka las naciones étnicas se caracterizan a partir de la pertenencia al grupo en virtud de la descendencia o vínculos de sangre y de la adscripción a una cultura común. A diferencia de las naciones pluralistas, que son receptivas a recibir a todos quienes deseen buscar nuevas oportunidades y aprender la lengua e historia de la sociedad les recibe, despreciando todo fundamentalismo:

*“El nacionalismo étnico se caracteriza por ser excluyente [...]. Sin embargo, ambos son igualmente responsables de la politización de los grupos etnoculturales”.*³³²

Ambos procesos de reconstrucción identitaria dan lugar a discursos sustantivamente diferentes. Mientras las naciones étnicas tienden a generar discursos y nacionalismos excluyentes, las naciones pluralistas tienden a generar discursos y movimientos nacionalistas incluyentes.³³³ Estos últimos se articulan en torno a ciertas cualidades y valores cívicos compartidos por el colectivo, independientemente de su cultura, sexo o religión, y administran las tensiones intergrupales de manera prevalentemente institucional, en el marco de un Estado democrático. Por su parte, las naciones y nacionalismos étnicos son esencialmente conservadores y se caracterizan por restringir la autonomía de sus miembros, quienes no pueden cuestionar ni revisar sus roles y deberes. Este tipo de nacionalismo busca la preservación de las cualidades primordiales o esenciales que definen el *ethos* del grupo y

³³¹ Kymlicka, W. (2007). Op. Cit.

³³² Kymlicka, W. (2004). Op. Cit., p. 120.

³³³ Ibidem.

suelen remitir a rastros virtuosos del pasado, pero selectivamente escogidos y mitificados (lengua, religión, historia, etc.). Los nacionalismos excluyentes asignan y reconocen autonomía y libertad (agencia) solo a una parte, casta o grupo dentro del colectivo. Sin embargo, se la niegan a otros (mujeres, migrantes, otras minorías invisibilizadas). El nacimiento de este tipo de nacionalismos es prevalente en sociedades que se perciben a sí mismas como excluidas, invisibilizadas o en riesgo. Suelo fértil para su florecimiento es la percepción —real o imaginada— de que existe un constante ataque o acoso por parte de la sociedad mayor. En estos casos, los nacionalismos reclaman reparación, y se declaran damnificados, afectados y condenados por la historia. Ello hace que exijan el mismo tipo de ayuda que esperan las víctimas de parte de los poderes públicos. Este victimismo histórico se convierte en un sustrato generoso para la construcción de un proyecto político que emerge como reacción legítima a las injusticias.

Algo de esto puede explicar el surgimiento de movimientos fundamentalistas en Europa³³⁴ y Norteamérica, como también en el resurgimiento de movimientos xenófobos en Alemania, Serbia, Austria, o Hungría. Estos fenómenos de tendencia excluyente también se encuentran en América Latina y evidentemente en Chile. Si bien no han adquirido la misma intensidad que en Europa, comparten una raíz común: buscan el origen y la pureza, cuestionan la democracia y el capitalismo como modelo económico, reivindican el relativismo cultural, y critican la democracia representativa como forma de gobierno. Además, en su versión latinoamericana, estos movimientos han incorporado elementos propios del indigenismo tradicional, agregando sustratos teóricos del pensamiento decolonial y, por qué no, una suerte de nostalgia por el pasado anti norteamericano que parecía guardado en los anaqueles de la historia.

Muestras de este discurso excluyente se encuentran de modo cada vez más evidente en la esfera pública, y se expresa en un creciente espectro de organizaciones políticas indígenas y no indígenas que enarbolan entusiastamente las banderas de la de-construcción

³³⁴ Como los movimientos islamistas conformados mayoritariamente por descendientes de migrantes provenientes de Medio Oriente que deciden volver a los países de sus padres a fin de insertarse en grupos integristas. Como sale en: Žižek, Slavoj. (2016). *El islam y la modernidad reflexiones blasfemas*. Ed Herder. 85.

epistémica y bogan por una política de las identidades como resarcimiento de vejaciones históricas.

4.4.3.- Identidad y discursos no dialogantes: el fracaso de una discusión constituyente.

Es necesario subrayar que los pueblos indígenas, al igual que las sociedades mayoritarias, son grupos altamente diversos. En el caso del pueblo mapuche ello es más que evidente de las miles de organizaciones que lo conforman un porcentaje mayoritario se inclinan en general por el diálogo, la participación institucional democrática y negociación con el Estado, sin embargo también es evidente la existencia de sectores que, por distintas razones, han optado por estrategias no dialogantes. Ambas posturas se encuentran presentes en los espacios de participación política territorial, local, regional y nacional, y se tensionan mutuamente.

Un reflejo de las posturas no dialogantes son las estrategias adoptadas por organizaciones indígenas expresadas en declaraciones, opiniones, notas y artículos de líderes y colectivos políticos que entusiastamente actúan como militantes de la causa indígena, muchas veces sin ser necesariamente indígenas. En efecto, la intensidad del discurso identitario ha permeado incluso a sectores progresistas históricamente indiferentes a sus demandas, que súbitamente han abrazado la defensa de los derechos indígenas con sorprendente entusiasmo.

En Chile al igual que el resto de América latina, la tensión entre discursos incluyentes y excluyentes ha sido expresada abierta y cotidianamente por las organizaciones indígenas. Esta dualidad se manifestó expresamente con ocasión de las discusiones sobre derechos indígenas ocurridas en la fallida Convención Constitucional chilena que funcionó entre 2021 y 2022. Estas tensiones fueron notorias en el extenso e intenso debate sobre el reconocimiento de derechos colectivos en función del grupo que se incorporaron al texto constitucional a plebiscitar.

En su oportunidad, la prensa chilena y latinoamericana hizo eco de algunas de estas posturas que expresan con mayor o menor intensidad discursos incluyentes o excluyentes. Las actas de la Convención conforman una rica muestra de discusiones sobre la relación entre el estado y los indígenas pero también entre los mismos sectores indígenas.

En la líneas que siguen se relevarán algunas de las tensiones expresadas durante el trabajo de la Convención, ellas han sido escogidas por considerarse reveladoras en relación a la tensión que subyace entre ambas corrientes y que vio la luz en el marco del proceso constituyente. En efecto, así se sostuvo con ocasión de la incorporación del consentimiento de los pueblos indígenas al texto final de la propuesta constitucional:

“[Erick] Chinga [constituyente del pueblo diaguíta] sostuvo que Catrileo [refiriéndose a Rosa Catrileo constituyente del pueblo mapuche] no representa a todos los escaños [reservados de pueblos indígenas], indicando que dentro de los pueblos originarios existen dos grupos [...]. ‘Tomamos la decisión y dijimos que nosotros no vamos a transar, sino a exigir nuestros derechos [entre ellos la obtención del consentimiento indígena...] y creemos que ellos tienen otro camino, que es transar sus derechos, por eso del grupo de nosotros nace esta propuesta’, afirmó el convencional diaguíta”³³⁵.

La propuesta del perteneciente al pueblo Diaguíta consistía en la incorporación de una norma específica que exigiera expresamente el consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas en caso de medidas que les afectasen directamente.³³⁶ Es decir la incorporación de un derecho a veto a las políticas públicas del estado. En el mismo sentido, y en otra oportunidad, mientras se discutió la incorporación del derecho-deber de consulta indígena en el texto propuesto por la Convención, la convencional indígena doña Isabel Godoy, perteneciente al pueblo Colla, expresó su parecer en relación a la obligatoriedad de la misma.³³⁷ En resumen, la constituyente Godoy sostuvo que sin la participación adecuada de los pueblos indígenas, la propuesta constitucional carecería de legitimidad suficiente y

³³⁵ Vera, D. (2021). Candidaturas separadas de Catrileo y Chinga muestran divisiones entre escaños reservados de la cc. Biobío Chile. <https://www.biobiochile.cl/especial/una-constitucion-para-chile/noticias/2021/12/30/candidaturas-separadas-de-catrileo-y-chinga-muestran-divisiones-entre-escaños-reservados-de-la-cc.shtml>

³³⁶ Los Diaguitas son uno de los pueblos indígenas de Chile y viven en los valles de la región de Coquimbo, zona centro norte de Chile Se estima que actualmente ascienden a 70.000 habitantes correspondiendo al 0,45% de la población nacional

³³⁷ El pueblo Colla es uno de los 9 pueblos indígenas reconocidos en la legislación nacional. Su territorio ancestral comprende la cordillera de los andes en la zona de Atacama tanto de Chile como Argentina, según el censo de 2017, los collas ascienden a las 6,000 personas aproximadamente. Congreso Nacional de Chile (1993). Artículo 1º [Ley 19.253]. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7053/>

sería impugnabile por los indígenas mediante acciones, recursos judiciales e incluso mediante la intervención de la jurisdicción internacional. La constituyente Colla sostuvo refiriéndose a la posibilidad de impugnación del texto propuesto:

*“Nosotros vamos a usar los instrumentos que el pueblo Colla determine que va a usar y el pueblo Quechua también lo manifestó así”.*³³⁸

En la misma entrevista, la ex convencional añadió, en relación con el reconocimiento de derechos indígenas y los acuerdos generados en el pleno de la convención:

*“Hasta ahora hemos tenido titulares simbólicos, pero queremos que sean garantía de derechos. Acá habrá un conflicto con la propiedad privada porque es la propiedad privada la que está instalada en territorios indígenas [...]. Estos territorios no estaban contaminados cuando habitaban los pueblos originarios, pero llegan los vecinos cochinos a apropiarse de nuestros territorios y a dejar contaminación y que es lo que tienen al planeta asfixiado. Creo que es de primera necesidad defender los derechos de la naturaleza”*³³⁹

En igual sentido crítico sobre trabajo de la convención se evidenció en la iniciativa presentada por parte de convencionales indígenas, que incorporaba norma constitucional que declaraba la inapropiabilidad de los bienes naturales o bienes públicos, estableciendo la caducidad de pleno derecho de todas las concesiones o permisos otorgados por el estado sobre los mismos. En efecto, ella se reconocía en los siguientes términos:

“El Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas respecto de los bienes comunes naturales que la Constitución determine. Estas autorizaciones estarán sujetas a causales de caducidad, revocación y a obligaciones específicas de conservación. No habrá derechos de propiedad sobre dichas autorizaciones. Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos a los bienes naturales situados en sus

³³⁸ Minga (2022). Alertan sobre implicancias de que no se realice una debida consulta indígena en proceso constituyente. elciudadano.com. <https://www.elciudadano.com/actualidad/alertan-sobre-implicancias-de-que-no-se-realice-una-debida-consulta-indigena-en-proceso-constituyente/12/08/>

³³⁹ Diario U. Chile (2021). Isabel Godoy: “No sé por qué le tienen tanto miedo al pueblo”. Diario UChile. <https://radio.uchile.cl/2021/10/06/isabel-godoy-no-se-por-que-le-tienen-tanto-miedo-al-pueblo/>

territorios, en conformidad con los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte.”³⁴⁰

Más adelante, en otro artículo de la misma propuesta, se proponía la nulidad de aquellos permisos, autorizaciones o concesiones de exploración y explotación minera, de áridos, aguas, forestales, y de megaproyectos de generación eléctrica que recayeran sobre bienes naturales emplazados en territorio indígena. Según el documento propuesto, esto se produciría cuando los permisos:

*“Hayan sido otorgados o implementados sin el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas del territorio o la debida consulta, por tratarse de actos vulneratorios de los derechos a la integridad de las tierras y territorios indígenas”.*³⁴¹

Asimismo, independientemente de la pertinencia, oportunidad, inteligencia o radicalidad de las propuestas citadas su solo planteamiento tensionó la convención en sí misma y crispó los ánimos de la ciudadanía y del sector privado, particularmente en un país como Chile que basa su economía en la extracción de materias primas. Estos hechos contribuyeron a generar una percepción negativa sobre el trabajo de los convencionales y del texto definitivo. Este tipo de propuestas, junto con otras de mayor envergadura, como el reconocimiento a la plurinacionalidad, la autodeterminación en territorios indígenas, el autogobierno, el derecho a veto y el reconocimiento de la justicia indígena consagraron un estándar de reconocimiento de derechos indígenas muy por encima de toda recomendación internacional y adicionalmente reflejaron la exacerbación de un discurso identitario que fue percibido como divisivo y excluyente por la sociedad nacional la suma de todos estos factores contribuyó a que la propuesta constitucional fuera rechazada categóricamente en septiembre de 2022. Más allá del resultado en esta iniciativa es posible evidenciar una postura

³⁴⁰ Arriagada, M. (2022). El nuevo flanco que enfrentan las concesiones mineras en la Convención. Ex-Ante. <https://www.ex-ante.cl/el-nuevo-flanco-que-enfrentan-las-concesiones-mineras-en-la-convencion/>

³⁴¹ Reyes, F. (2022). CC: Aprueban comisión para restituir tierras y anular concesiones mineras en territorios indígenas. Biobío Chile. <https://www.biobiochile.cl/especial/una-constitucion-para-chile/noticias/2022/01/25/cc-aprueban-comision-para-restituir-tierras-y-anular-concesiones-mineras-en-territorios-indigenas.shtml>

crecientemente maximalista de corte identitario. Dicho pensamiento tiene una densa carga ideológica, además de tratarse de una construcción estereotípica del buen indígena *russoniano* salpicada con elementos posmodernos propios del ecologismo profundo³⁴². El sustrato ideológico de este discurso se encuentra en el pensamiento decolonial que sirvió de inspiración a las políticas *indianistas* tanto en Bolivia, Venezuela como Ecuador durante la década pasada.³⁴³

Esta mirada, que carece de total ingenuidad, se ha instalado paulatinamente en los espacios académicos, en gran parte es suscrita y apoyada sin mayor análisis crítico por movimientos progresistas e identitarios.

Dicho lo anterior, la expresión del discurso etnonacionalista más intenso y autoritario se encuentra en las estrategias y posturas de algunas organizaciones indígenas del pueblo mapuche. En un artículo reciente publicado en un conocido medio digital chileno denominado *Ciper*, en entrevista al académico indígena Dr. Fernando Pairican, profesor de la Universidad Católica de Chile, se refiere a la estrategia política adoptada por algunas organizaciones mapuches, como la Coordinadora Arauco Malleco -en adelante CAM-, *Weichan Auka Mapu* -en adelante WAM- y Resistencia Mapuche *Lafkenche* -RML-, como una *estrategia insurreccional*.³⁴⁴ En palabras de Pairican estas organizaciones han adoptado una postura radical y una estrategia política insurreccional contra el Estado. Al respecto señala que en Chile, el uso de la violencia a baja intensidad por miembros de la CAM, y los atentados atribuidos por la Resistencia Mapuche *Lavkenche* dan cuenta que el uso de la violencia política como expresión política continúa presente en el contexto de las naciones originarias como instrumento de acción colectiva [...]. Al respecto Pairican expresa:

³⁴² El ejemplo del indígena abraza árboles. Sobre el concepto basado en el anglicismo “hugger tree”. Bridger, B. (2018). What it Means to be Called a Tree Hugger. New América.
<https://www.newamerica.org/millennials/dm/what-it-means-be-called-tree-hugger/>

³⁴³ Mascareño, A. (2022). *Abandonar la modernidad. Discurso y praxis decolonial en la Convención Constitucional chilena*. Puntos de Referencia, 597, CEP Chile.
<https://www.cepchile.cl/investigacion/abandonar-la-modernidad-discurso-y-praxis-decolonial-en-la-convencion-constitucional-chilena/>

³⁴⁴ Ciper.cl: medio de comunicación chileno caracterizado por su énfasis en la investigación periodística.
<https://www.ciperchile.cl/nosotros/>

“A esta ruta la hemos denominado la vía rupturista a la Autodeterminación [...]. La RML es una nueva organización que nació, al parecer, en Cañete-Tirúa en el transcurso de 2018, fruto de numerosos nütram (conversación) que han surgido de las expresiones de resistencia, cuyo sustento emana de la cultura y la política en que ‘germinan desde el weichan y el control territorial» [...]. Algo parecido sucedió con la organización Weichan Aukamapu en la zona wentenche (tierras situadas entre el río Malleco y Cautín), organización nacida en el transcurso de 2014, y cuyo símbolo es un kultrün cruzado por una escopeta y una lanza [...]. Las nuevas organizaciones mapuche, luego de la crisis política de la Coordinadora Arauco Malleco, como Aukan Weichan Mapu o la Resistencia Mapuche Lavkenche, se han sumado a la aspiración de construir un Control Territorial como sendero a la Liberación Nacional [...]. Según una declaración política de WAM, la violencia política sería de carácter defensivo, ‘CIRCUNSCRITO en primer orden a nuestro territorio» y luego sobre latifundistas, empresas forestales, proyectos energéticos e inversiones del gran capital”³⁴⁵

Por su parte, la organización mapuche CAM que se ha encargado de reiterar su estrategia confrontacional, según lo ha manifestado pública y privadamente y por todos los medios disponibles pero especialmente través de internet y de las declaraciones que expresa tras cada atentado contra “*Los enemigos del pueblo mapuche*” que la organización indígena identifica con el capitalismo.³⁴⁶

La diversidad discursiva y estratégica se encuentra presente en la política de los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas, que oscilan con sorprendente amplitud e intensidad. Huelga decir que, si bien estos discursos excluyentes siguen siendo minoritarios, no por ello dejan de ser una campanada de atención sobre un fenómeno potencialmente peligroso. Así, es posible diferenciar discursos claramente excluyentes y no dialogantes, como los que mantienen la CAM, la WAM y la RML, que plantean un

³⁴⁵ Pairican, F. (2020). *La vía xampurria (mestiza) hacia la autodeterminación*. Ciper Chile. <https://www.ciperchile.cl/2020/07/23/la-via-xampurria-mestiza-hacia-la-autodeterminacion/>

³⁴⁶ Swiaainfo. ch. (2022). *Coordinadora Arauco Malleco, la organización radical mapuche que agita Chile*. Swissinfo.ch. https://www.swissinfo.ch/spa/chile-conflicto_coordinadora-arauco-malleco--la-organizaci%C3%B3n-radical-mapuche-que-agita-chile/47851172

etnonacionalismo y la lucha frontal contra el Estado y el capital; discursos excluyentes de menos intensidad, que reivindican un nacionalismo étnico basado en la reconstrucción identitaria y la reivindicación de derechos diferenciados de alta intensidad, como los que sostuvieron los convencionales de escaños reservados indígenas.

Por último, también es posible constatar la existencia de discursos indígenas moderados e inclusivos, aparentemente más cercanos a los modelos multiculturales, que manifiestan posturas sistémicas y dialogantes. Las organizaciones que sostienen estos discursos se encuentran dispuestas a participar institucionalmente en el marco del Estado nacional, mediante la participación política democrática. Como nuevamente expresa Fernando Pairican:

“Se puede discutir cuál ‘vía’ es la mejor para llevar adelante los derechos a la autodeterminación. Nos inclinamos por la que sitúe la democracia como el mecanismo, sin embargo, la porfía en avanzar en torno a los derechos fundamentales ha cerrado en todo momento la discusión para un cambio político y abrió las puertas a la radicalización de algunos miembros del movimiento autodeterminista mapuche”³⁴⁷.

Así, por ejemplo, encontramos perspectivas más dialogantes, como la expresada por la también constituyente de escaños reservados doña Rosa Catrileo, que, en parte, reflejó esta dicotomía:

“Vamos a dialogar, con una postura de ir a conversar con el otro, de ir a educar al otro, de sacarle los prejuicios al otro que puedan tener contra el pueblo Mapuche, a demostrar de lo que somos capaces también [...]. Podría decirle que nuestras apuestas por el diálogo vienen desde las bases, desde nuestras propias comunidades que saben que hay un desconocimiento de lo indígena, que hay una folklorización de lo indígena y también una idealización. Hay personas que dicen ‘ay, no, los pueblos indígenas, por favor, son los protectores’. No, nosotros somos

³⁴⁷ Pairican, (2020). Op. cit.

pueblos diversos, pueblos como cualquier otro. Tenemos nuestras diferencias y son legítimas”³⁴⁸

La debilidad del reconocimiento a los derechos indígenas ha preparado el terreno para la aparición y el crecimiento de discursos étnicos no dialogantes. El modelo de Estado nación homogéneo, unitario y altamente centralizado, que tiene su correlato en la Constitución de 1980, es coherente de la tradición constitucional que se remonta en la carta constitucional de 1833. Este Estado centralista, conservador y autoritario se manifiesta en la incapacidad de relacionarse con la diversidad cultural y responder a demandas de los pueblos indígenas largamente comprometidas. Dicho escenario constituye una de las causas de la crisis que se expresó en octubre de 2019 y dio origen al Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución. La fracasada Convención Constitucional enfrentó el desafío de transformarse en un espacio de diálogo que permitiera lograr grandes acuerdos procedimentales, a fin de canalizar democráticamente las diferencias que entraña una sociedad diversa resultando un triste y estrepitoso fracaso.

La existencia de divergencias entre los actores y las organizaciones indígenas es un reflejo de la diversidad de tácticas y estrategias políticas propias de cualquier pueblo. Estos desacuerdos son especialmente evidentes en los movimientos indígenas, incluido el movimiento mapuche, que reflejan la intra diversidad inherente a toda sociedad. Dentro de estas corrientes, se pueden encontrar planteamientos enfrentados que abarcan desde posturas más fundamentalistas hasta visiones más aperturistas. Estas diferencias de opinión pueden surgir debido a una variedad de factores, como experiencias históricas, tradiciones culturales, interpretaciones de la realidad y objetivos a largo plazo.

En el contexto del movimiento mapuche, por ejemplo, se pueden identificar diversas corrientes y enfoques. Algunos grupos pueden abogar por un retorno a las prácticas y formas de vida tradicionales, enfocándose en la preservación de la identidad cultural y la autonomía territorial. Estas posturas pueden ser consideradas más fundamentalistas en el sentido de que buscan mantener y proteger de manera estricta las tradiciones y valores ancestrales. Por otro

³⁴⁸ Ganora, E. (2022). Rosa Catrileo, convencional mapuche: “No veo que el gobierno de Boric vaya a hacer un cambio tan profundo en la política indígena”. The Clinic.
<https://www.theclinic.cl/2022/01/15/rosa-catrileo-no-veo-que-el-gobierno-de-boric-vaya-a-hacer-un-cambio-profundo-en-politica-indigena/>

lado, existen visiones más aperturistas que buscan adaptarse a los desafíos y cambios del mundo moderno. Estos grupos pueden enfocarse en la promoción de los derechos humanos, la participación política y la búsqueda de soluciones negociadas con el Estado u otras partes interesadas. Estas posturas tienden a ser más flexibles y pueden buscar un diálogo constructivo con el objetivo de lograr una coexistencia pacífica y respetuosa. Es importante destacar que esta diversidad de tácticas y estrategias no es exclusiva de los movimientos indígenas, sino que se puede encontrar en cualquier sociedad. Refleja la realidad de que las personas y los grupos tienen diferentes perspectivas, intereses y visiones sobre cómo lograr sus objetivos políticos y sociales

En definitiva, todas las sociedades se relacionan con la diversidad cultural de distintas maneras. El espectro incluye tanto la negación de toda diversidad, la reafirmación de la unidad nacional y la reivindicación de un Estado ciego a la diferencia como su valoración expresada en el reconocimiento de derechos específicos en función del grupo y una ciudadanía diferenciada. Asimismo, es precisamente la forma en que el Estado se relaciona con la diversidad lo que puede determinar una profundización de las tensiones étnicas o su canalización mediante mecanismos constitucionales de acomodación de la diferencia.

4.5.- El conflicto étnico en Chile. movilización social y violencia étnica.

Las tensiones étnicas son comunes en todas las sociedades multiculturales. Los conflictos se expresan e incrementan especialmente en períodos de cambios políticos, económicos y sociales sustanciales y conducen a la incertidumbre, las oportunidades emergentes para la acción y los intereses particularistas. Las demandas y los liderazgos polarizadores conducen al conflicto y movilización. En Chile esta realidad es evidente, nos encontramos frente a un momento de polarización política donde la falta de respuesta estatal y el fortalecimiento de la identidad indígena incentiva el conflicto.

El conflicto étnico, por lo tanto, es una forma de conflicto en la que al menos existe una presencia de una dimensión étnica. El objetivo de al menos una de las partes se alinea en términos étnicos al igual que sus antecedentes y posibles soluciones. El conflicto no es

usualmente sobre diferencias étnicas en sí mismas, sino sobre asuntos políticos, económicos, sociales, culturales o territoriales.³⁴⁹

La intensidad de la movilización étnica variara dependiendo de múltiples factores que van desde la acción política (política convencional, huelgas, manifestaciones y otros medios no violentos) hasta actos violentos como el terrorismo, ataques y en el peor de los casos a levantamientos armados, la actividad guerrillera y las guerras civiles, en estos últimos casos hablamos de violencia étnica.

El fortalecimiento de la identidad indígena, la profundización del modelo extractivo que presiona sus territorios, la mantención de la pobreza indígena y el modelo de acomodación basado en reformas de baja intensidad han estimulado la movilización indígena en el sur de Chile, estos factores entre otros, han contribuido a la intensificación de la protesta social mapuche.

El académico de la Universidad Diego Portales profesor Claudio Fuentes destaca al menos tres ciclos de protesta indígena en el periodo postdictadura³⁵⁰. El primero que media entre los años de 1990 a 1994; el segundo que media desde los años 1997 a 2004 y un tercer periodo que comprende desde 2008 hasta 2022. La primera asociada al retorno democrático, la aprobación de la legislación indígena y la conmemoración de los 500 años del descubrimiento y conquista de América. Una segunda etapa o ciclo que va desde 1997 a 2004, el cual se encontraría vinculado con la profundización del modelo económico exportador de materias primas que presiona los territorios indígenas especialmente en el centro sur del país. Y finalmente un tercer ciclo, iniciado en 2008 y que ha perdurado hasta el año 2022, este último ciclo se encuentra vinculado directamente con la reivindicación de derechos políticos colectivos. Este último ciclo se ha caracterizado por la utilización de una violencia focalizada en el territorio ancestral mapuche de la zona centro sur del país. Si bien aún no es posible sostener que estamos frente a casos de violencia étnica el escenario de

³⁴⁹ Kempin, T. (2023). *Ethnic conflict*. The editors of encyclopedia Britannica.

<https://www.britannica.com/topic/ethnic-conflict>

³⁵⁰ De Cea, M. Fuentes, C. (2016). *La consulta indígena Colombia, Perú, Chile*. Ril Editores.

conflicto sin solución puede derivar en la utilización de la violencia como mecanismo de respuesta frente a la ausencia de espacios de diálogo institucional.³⁵¹

Este análisis da cuenta de que nos encontramos frente a un escenario de movilización étnica con características de conflicto étnico. Este conflicto se expresa particularmente en la zona centro sur de Chile correspondiente a la Araucanía y Patagonia, donde se concentran mayoritariamente las comunidades indígenas pertenecientes a este grupo etno nacional. La profundización o canalización del conflicto y sus niveles de violencia dependerá de una multiplicidad de factores, siendo uno de los más relevantes la capacidad de canalización institucional que demuestre el Estado.³⁵²

5.- Conclusiones del capítulo.

En este capítulo se ha explorado la relación Estado – pueblos indígenas desde los albores de la república hasta nuestros días recientes, abordando las aristas del conflicto mapuche desde una amplia perspectiva. En efecto, se ha realizado una mirada retrospectiva a los acuerdos políticos suscritos en materia indígena desde el fin de la dictadura militar. Se ha revisitado el Pacto de Imperial y sus ejes centrales, destacando la voluntad política que dicha oportunidad histórica brindó. Del mismo modo, se ha expuesto y descrito como la transición democrática y su necesidad de acuerdos amplios implicó un tortuoso camino en materia de reconocimiento de derechos indígenas, que generaron un rezago en relación con otras dimensiones del proceso democratizador chileno. El lento avance en la implementación en reconocimiento de derechos colectivos y la debilidad en los mecanismos de acomodación constitucional generaron la insatisfacción y decepción en el mundo indígena estimulando la movilización frente a la imposibilidad de implementar reformas institucionales más profundas. Cualquiera sea el análisis, es imposible desconocer los avances logrados en materia indígena durante los gobiernos democráticos, no obstante las grandes falencias

³⁵¹ Montes, R. (2021). *La violencia en el sur de Chile escala con la muerte de un mapuche y el atentado a un tren de carga*. El País.

<https://elpais.com/internacional/2021-11-04/la-violencia-en-el-sur-de-chile-escala-con-la-muerte-de-un-mapuche-y-el-atentado-a-un-tren-de-carga.html>

³⁵² Kempin, T. (2023). Op Cit.

extensamente referidas. Si bien existen brechas importantes por lograr, el grado de consenso político sobre la necesidad de reconocimiento a los derechos indígenas es hoy indiscutible, esto es un aspecto que resultaba impensado tan solo hace unos años atrás durante la etapa de la transición democrática.

Más adelante se ha relevado la respuesta desde el mundo indígena expresada mediante la revitalización de la identidad, destacando el éxito obtenido en revertir el proceso de aculturación, fortaleciendo el orgullo y la autoafirmación. Como las organizaciones indígenas han logrado ir permeando sus demandas en la sociedad nacional y relevando grados de consenso en torno a la necesidad de reconocimiento de derechos indígenas.

Sin embargo, no han sido igualmente hábiles en articularse con otros sectores de la sociedad civil para construir alianzas duraderas y agendas de largo plazo, que les permitan incidir en la toma de decisiones a nivel local y nacional. Por el contrario, han permanecido en los márgenes de la esfera pública, muchas de las veces atrincherándose en un discurso esencialista y a veces peligrosamente excluyente. En este sentido, hay que ser receloso con confundir el orgullo y la identidad indígena, con la construcción de discursos nacionalistas antiliberales no dialogantes. Las tentaciones autoritarias y excluyentes florecen en momentos liminales como el que vive Chile actualmente. De ahí que resulte indispensable buscar caminos de diálogo interétnico, no para comenzar todo desde cero, sino a partir de pisos mínimos ampliamente aceptados en un marco de respeto democrático.

En efecto, resulta importante hacer presente que el proceso constituyente chileno, no se encuentra finalizado. El rechazo al proyecto de la convención constitucional fue una pausa más no un cierre definitivo. Asimismo, la discusión en torno al reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas aún se encuentra en desarrollo y su materialización constitucional resulta indispensable para una canalización de las tensiones propias de una sociedad diversa como es la sociedad chilena.

El análisis y revisión de experiencias comparadas, la evolución de los derechos colectivos en función del grupo, las nociones de ciudadanía diferenciada y su contraste con los estándares de reconocimiento de derechos indígenas nos permite ir delineando un camino en torno a los derechos susceptibles de consagrarse en un texto constitucional, sea que este modifique o reemplace al texto constitucional de 1980.

La construcción de sociedades democráticas, tolerantes e inclusivas requiere de una invitación abierta a todos y todas sin exclusiones odiosas ni fundamentalismos, tiene pocas posibilidades de generar consensos, solidaridades transversales y aliados políticos que empaticen con los cambios requeridos.

En el capítulo que sigue se abordarán las discusiones sobre los derechos colectivos y su alcance, el tránsito a un constitucionalismo de la diferencia en el marco democrático y el desarrollo de modelos institucionales de acomodación de la diversidad.

CAPÍTULO III.

LOS MODELOS DE ADMINISTRACIÓN DE LA DIFERENCIA.

1.- Introducción.

El objetivo del presente capítulo consiste en establecer el sustrato teórico de las formas de acomodación institucional de la diversidad étnica y cultural en el marco de sociedades democráticas. En especial, se intentará identificar los contornos de conceptos como igualdad, derechos colectivos, identidad, cultura, diversidad y su vinculación con grupos y sub minorías. De igual modo busca abordar las tensiones que entraña la coexistencia de grupos etnonacionales dentro de un Estado y como las políticas del reconocimiento entendidas como imperativos de justicia distributiva permiten articular un modelo moralmente justificable de acomodación de la diversidad respecto de aquellos grupos más desventajados y excluidos históricamente de la esfera pública nacional.³⁵³

Para el logro de lo anterior serán analizadas las construcciones doctrinarias y teóricas que abordan la relación entre el Estado y la diversidad. Dicho análisis se iniciará desde la perspectiva del *constitucionalismo clásico*, tributario del liberalismo tradicional, para contrastarlo con las nuevas corrientes que promueven el reconocimiento de la diversidad como un valor. Estas han sido caracterizadas como el “*constitucionalismo de la diferencia*”³⁵⁴.

Hacia el final de este capítulo serán revisados los conceptos y contenido de los derechos reconocidos en función del grupo. La naturaleza colectiva de los mismos y las clases de derechos que se distinguen dentro de esta categoría. Para lograr esta articulación se recurrirá a la teoría del multiculturalismo definiendo sus conceptos cardinales. Ello permitirá

³⁵³ Previamente en la introducción a este trabajo hemos consignado que seguiremos la definición de esfera pública proporcionada por Habermas en su obra. Habermas, J. (1962). *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*. Cambridge: MIT.

³⁵⁴ Seguiremos en esta parte el concepto del profesor Criado de Diego, en: Criado de Diego, M. (2011). La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia. *Revista Derecho del Estado*. (26), 7-49.

entender los postulados centrales de esta teoría como también las tensiones y peligros que subyacen a ella.

2.- Modelos de aproximación a la diversidad.

El derecho, entendido como mecanismo de regulación social establece normas y pautas de conducta a las cuales se les atribuye la consecución de fines entendidos como buenos y justos a fin de regular la vida en sociedad.³⁵⁵ Así el derecho no puede permanecer indiferente a estos cambios sociales, culturales y políticos, por el contrario, debe adaptarse a las transformaciones sociales, de ello daremos cuenta en los párrafos siguientes.

2.1.- Una aproximación desde la teoría general de los derechos humanos.

La Teoría General de los Derechos Humanos -en adelante TGDDHH- constituye una muestra evidente de la mutabilidad del derecho.³⁵⁶ Su positivización con posterioridad a la segunda guerra mundial es un reflejo de la adopción por la comunidad internacional de mínimos comunes civilizatorios que no eran susceptibles de afectación por los estados. El surgimiento de esta teoría general se encuentra inserta en un contexto histórico, político, social y moral que refleja y funde diversas tradiciones, concepciones y nociones que reconocen la dignidad esencial del individuo independiente de su origen, lugar de nacimiento, cultura, sexo o condición. Las violaciones masivas de derechos humanos, crímenes de guerra, la violencia étnica y crímenes de lesa humanidad ocurridos durante el conflicto bélico determinaron la adopción de un sistema internacional de protección de estos derechos por la comunidad de estados.³⁵⁷

Los estados deben respetar, proteger y promover esta cualidad innata del individuo, la centralidad de su preocupación. Esta premisa da origen a la adopción de un sistema de

³⁵⁵ Hubner Gallo, I. (1994). *Los Derechos Humanos*. Ed. jurídica

³⁵⁶ Nogueira Alcalá, Humberto. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Ius et Praxis*, 11(2), 15-64. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>

³⁵⁷ Clavero, B. (2012). Pasado y presente del Constitucionalismo indígena por América y más acá. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*. 10. 543-559.

protección de estos derechos y de una serie de instrumentos normativos que positivizan y explicitan el contenido de estas declaraciones de derechos.³⁵⁸

La elaboración doctrinaria moderna de los Derechos Humanos -DDHH.-, data del siglo XVII, y es perceptible ya desde la edad media³⁵⁹. Más tarde, nuevamente emerge con ocasión del debate sobre la naturaleza humana de los indígenas que poblaban los territorios descubiertos por la corona española y la férrea defensa que de ellos hiciera el padre Bartolomé de las Casas. Pero es sólo con el advenimiento del liberalismo en el siglo XVIII, que comienza el estudio de los derechos de los hombres frente a la monarquía y absolutismo. En efecto, el liberalismo y las profundas transformaciones socioculturales que trajo aparejadas hizo concebir la existencia de derechos de índole superior y anterior a cualquier Estado o gobierno.³⁶⁰ Estos derechos humanos clásicos de corte individualista reconocen a la persona en forma aislada y no inserta en una comunidad. Entre estos primeros derechos puedes posible encontrar el derecho a la vida, la igualdad, la propiedad, libertad de conciencia, entre otros. Constituyen los denominados Derechos Humanos de “primera generación”, por ser los primeros en surgir y ser reconocidos, también son llamados derechos de la libertad, por decir relación con las denominadas “libertad civil” y “libertad política”; hoy en día se conocen, debido a su contenido, como derechos civiles y políticos.³⁶¹

Más tarde y producto de la revolución industrial el nacimiento de la clase obrera y las demandas de mejores condiciones laborales y de vida. Estimulados por los movimientos socialistas, obreros y socialcristianos, las organizaciones de trabajadores, la iglesia y movimientos de raigambre obrerista, demandan del Estado el mejoramiento de condiciones laborales y el acceso a prestaciones mínimas, dando nacimiento a los derechos económicos, sociales y culturales, también llamados derechos humanos de “segunda generación”.

En efecto, desde finales del siglo XX y en particular durante las dos primeras décadas del presente siglo, han situado a los estados frente a nuevos e inesperados escenarios

³⁵⁸ Squella Narduchi, A. (2000). *Introducción al derecho*. Ed Jurídica de Chile.

³⁵⁹ Ibidem.

³⁶⁰ Hubner Gallo, I. (1994). *op cit*.

³⁶¹ Clavero, B. (2012). Pasado y presente del Constitucionalismo indígena por América y más acá. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*. 10. 543-559.

ambientales, económicos políticos y sociales, ello trae consigo nuevas problemáticas, especialmente para aquellos países en vías de desarrollo que ven cómo sus recursos naturales y su propia cultura se ven tensionadas por los grandes intereses económicos. El derecho como receptor de los fenómenos sociales y culturales, no ha estado ajeno a esta realidad, es por ello que en la actualidad se plantea el nacimiento de una nueva cohorte de Derechos Humanos. Estos derechos nacen para hacer frente a las nuevas condiciones y son eminentemente “colectivos”.³⁶²

Son denominados como colectivos porque, a diferencia de los llamados derechos individuales, estos se reconocen no necesariamente a personas individuales, sino que, a colectivos, comunidades, grupos, estados, organizaciones, pueblos, etc. Los derechos colectivos reconocen y valoran la vida del individuo en comunidad y su interrelación con los otros sujetos que las conforman. En definitiva, los derechos colectivos protegen el disfrute de aspectos de la vida social que no pueden ser ejercidos sin interacción con los demás o al disfrute de bienes comunes o colectivos (idioma, medio ambiente, el desarrollo, etc.). El principal rasgo de estos derechos humanos de “tercera generación”, es que se ejercen y desarrollan dentro de la sociedad global. Pertenecen, también, a esta categoría el derecho de las minorías y el derecho a la autodeterminación.

Así entonces, se han reconocido diversas “generaciones” de Derechos Humanos, según han ido variando las condiciones culturales y sociopolíticas imperantes en una época determinada³⁶³. La teoría general de los DDHH establece que el disfrute y goce de los derechos humanos es interdependiente, esto es que entre las generaciones hay una relación mutua, caracterizada por la complementariedad y no por la primacía de unos respecto de otros.³⁶⁴

Dicho lo anterior, sectores importantes de la doctrina constitucional chilena y comparada expresan resistencia a reconocer los denominados derechos humanos de segunda

³⁶² Sanders, D. (1991). “*Collective Rights.*” *Human Rights Quarterly*, vol. 13, no. 3, pp. 368–86. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/762620>.

³⁶³ Vasak, K. (1977). “*Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*”, *UNESCO Courier* 30:11, Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization,.

³⁶⁴ Bidart Campos, G. (2015). *Teoría general de los derechos humanos*, de vol. 1. Editorial Astrea.

y tercera generación reservando el reconocimiento de forma exclusiva a los derechos civiles y políticos.³⁶⁵ Esto ha sido particularmente evidente en la evolución de la jurisprudencia de las Corte Suprema norteamericana, canadiense, chilena y argentina.³⁶⁶ En fallos reiterados estos tribunales han sostenido la primacía de los derechos civiles sobre los sociales, entendiendo a estos últimos, no como derechos sino más bien como deberes de prestación estatal, es decir, la satisfacción de necesidades colectivas cuyo ejercicio se encuentra sujeto a consideraciones económicas, ergo no podría constituir derechos.³⁶⁷

2.2.- Derecho, homogeneidad y diversidad.

El Estado moderno que nace como exaltación de la homogeneidad cultural fundado en el principio iluminista del Estado-nación, lleva en su seno el germen del conflicto que brota de su propia composición diversa.³⁶⁸ El pensamiento liberal heredado de la ilustración y la revolución francesa puso el acento en la persona, el individuo como sujeto de derecho, negando que pudieran existir otros sujetos con capacidad de ser titulares de derechos, rechazando por consiguiente todo valor ético a la cultura, tradición y comunidad³⁶⁹. Esta ideología centrada en la individualidad se manifiesta también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966.³⁷⁰

Esta construcción individualista y homogeneizante de los derechos, se encuentra con una realidad que interpela a dicha homogeneización. Las sociedades modernas son

³⁶⁵ Martínez Estay, J. (2010). “*Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena*”. Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, Año 8, No 2, 2010, pp. 125 - 166.

³⁶⁶ La Corte Suprema Norteamericana ha resuelto en este sentido en el caso *Zelman v. Simmons*, 536 U.S. 639 (2002), o en *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District N° 1 et al* 551 US (2007), en que el parámetro de control ha sido el principio de igualdad. Martínez Estay, J. (2010). Op Cit.

³⁶⁷ Martínez Estay, J. (2010). Op Cit.

³⁶⁸ Díaz-Polanco, H. (1998), “Derechos indígenas en la actualidad”. *Revista Política y Cultura*, (117). 91-99.

³⁶⁹ Siguiendo Díaz-Polanco, el Iluminismo francés vs romanticismo alemán. Voltaire frente a Heidegger. Díaz-Polanco. (1998). Op. Cit.

³⁷⁰ Asamblea General Organización de Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI). <https://www.refworld.org.es/docid/5c92b8584.html>.

progresivamente heterogéneas. Sea que dicha diversidad se produzca debido a flujos migratorios o bien por la existencia de grupos etnonacionales que coexisten dentro del territorio estatal o bien por qué se encuentran presentes ambos fenómenos. Es decir que la diversidad tenga su origen debido a la presencia de migración y preexistencia en un mismo Estado, en definitiva, la diversidad es la regla general mientras la homogeneidad, la excepción.

Frente a esta heterogeneidad, los estados asumen y han asumido distintas actitudes, estas actitudes constituyen lo que se ha denominado como “modelos de acomodación de la diversidad” y en términos concretos se han materializado en institucionalidad estatal y políticas públicas hacia los grupos diferenciados.³⁷¹ Estos modelos han oscilado entre la valoración de la diversidad, la integración, hasta la negación, invisibilización y asimilación forzada de las minorías³⁷². En general y desde el análisis arquetípico ideal, es posible destacar tres modelos de relación Estado y minorías étnicas, dentro de cada uno de estos modelos existen distintas intensidades y corrientes que incluso se superponen y contradicen entre sí. En efecto, así es posible mencionar al menos tres arquetipos ideales:

El *asimilacionismo*, que busca la disolución de las culturas minoritarias dentro de la cultura nacional para la conformación de una única comunidad nacional, este objetivo se lograba a través de la irradiación e imposición de la cultura nacional mayoritaria, su idioma e historia imaginada, como también de la legislación nacional unitaria. Su sustrato lo encontramos en la noción de estado nación que nace del iluminismo del siglo XVIII. Este modelo oscilaba entre variantes más extremas, que proponían la desaparición física de los colectivos diferenciados, hasta sus modelos más benignos que promueven la incorporación a través de la educación, la religión y promoción de la cultura nacional en primer lugar. Esta vertiente del asimilacionismo se ha denominado como *integracionismo*, toda vez que busca incorporar los grupos diferenciados a la cultura mayoritaria. En sus expresiones más extremas el asimilacionismo puede expresarse en la eliminación cultural de la diferencia, ergo se dirige al alma del colectivo (etnocidio) mediante la eliminación de la cultura societal, o en su

³⁷¹ La idea de modelo y acomodación de la diversidad ha sido definida en la introducción y en el capítulo III de este trabajo, por lo que recordaremos la definición de: Tierney, S. (2005). Op cit.

³⁷² Díaz-Polanco, H. (1998). Op. Cit.

versión más intensa puede traducirse en el aniquilamiento físico (genocidio);³⁷³ Lo central de este modelo de acomodación es precisamente, que busca la desaparición o disolución de la diferencia mediante la incorporación de las minorías o flujos migratorios a la cultura mayoritaria, sea a través de la fuerza o de la educación como instrumento de asimilación. Históricamente este es el modelo más frecuente y tiene su máxima expresión en el denominado “*melting pot*”³⁷⁴ norteamericano, es decir la fusión de distintas culturas que dan origen a una cultura nueva, la cultura americana. De acuerdo a la idea del *melting pot*, lo viejo debe dar paso a lo nuevo. El viejo mundo europeo da nacimiento a un nuevo mundo mediante el parto de una nueva nación la cual tiene un destino manifiesto.³⁷⁵

Seguidamente, es posible mencionar un segundo modelo de relación conocido como *integracionismo*, que tratándose de los pueblos o grupos indígenas toma el nombre de *indigenismo*. El integracionismo, según sostiene el antropólogo mexicano Arturo Warman,³⁷⁶ busca mantener los valores y la existencia de los grupos étnicos, como asimismo sus propias culturas, pero entendiéndose como elementos complementarios de las culturas nacionales que se valoran en la medida que la enriquezcan, aun cuando siempre en una relación de desigualdad con la cultura mayoritaria. Se valora la diferencia en la medida que ésta reivindique derechos culturales y solo por ser parte integrante de la nación que sostiene al

³⁷³ Ibidem.

³⁷⁴ La política del *melting pot* – o fusión – se basa en la asimilación de culturas mediante la anglo conformidad. Es decir la irradiación de la cultura anglo americana, la adopción del idioma inglés y la adopción del estilo de vida estadounidense. El *melting pot* busca que las culturas heterogéneas se transformen en una homogénea a través de la amalgamación cultural. McDonald, J. (2007). *American ethnic history: Themes and perspectives*. Edinburgh University Press.

³⁷⁵ Frase que es atribuida al periodista Norteamericano John L. O'Sullivan, y que fuera publicada en la revista *Democratic Review* de Nueva York, en el número de julio-agosto de 1845. En él se decía: “El cumplimiento de nuestro destino manifiesto es extendernos por todo el continente que nos ha sido asignado por la Providencia, para el desarrollo del gran experimento de libertad y autogobierno. Es un derecho como el que tiene un árbol de obtener el aire y la tierra necesarios para el desarrollo pleno de sus capacidades y el crecimiento que tiene como destino.” Pratt, J. (1927). “The Origin Of Manifest Destiny”. *American Historical Review*. Vol. 14, N°4. pp. 795-798.

³⁷⁶ Arturo Warman fue etnólogo egresado de la Escuela Nacional de Antropología e Historia la en la Universidad Nacional Autónoma de México y un Doctorado en Antropología Social en la Universidad Iberoamericana. Entre las principales actividades académicas de Warman destaca su participación como profesor e investigador en la Universidad Iberoamericana, de 1968 a 1976, y de la Universidad Autónoma Metropolitana entre 1976 y 1978, además fue investigador en el Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM de 1979 a 1988.

Estado. Por su parte el antropólogo mexicano Aguirre Beltrán, en relación con la versión del integracionismo, denominado el indigenismo, lo define como:

*“Una estrategia implementada por los estados nacionales en relación con los pueblos indígenas como una tarea unilateral unidireccional y con un único propósito integrar a los indígenas mediante la valoración folclórica de sus culturas es decir desde el estado hacia los indígenas.”*³⁷⁷

Esta corriente tiene su origen en Latinoamérica en el siglo XX y su nacimiento puede rastrearse a la década de los treinta del siglo pasado. Su construcción teórica se enraíza en los movimientos intelectuales mexicanos posteriores a la revolución de 1917. Desde México se extiende con mayor o menor grado de intensidad por Latinoamérica. El integracionismo y su versión étnica o indigenismo constituyen una corriente teórica que valora la existencia de los pueblos indígenas y de la diversidad cultural dentro del Estado, en tanto y cuanto los indígenas contribuyan a conformar las raíces de cada una de las naciones latinoamericanas, siendo como consecuencia nuestras sociedades fruto del proceso del mestizaje colonial.

El integracionismo adopta una visión paternalista respecto del indígena, considerándolos como individuos que requieren de la protección estatal toda vez que se encuentra un estadio de civilización pre moderno. De este modo el Estado nacional tiene la obligación moral de integrar a los indígenas en la sociedad mayor, por tratarse de grupos humanos que se encuentran en etapas menos avanzadas de la evolución por lo que el Estado debe guiarlos e iluminarlos hacia su incorporación en la modernidad. Esta corriente de pensamiento se transformó en la principal fuente de pensamiento sobre la relación Estado y pueblos indígenas en Latinoamérica hasta finales de los ochenta. Su aceptación inspiró las legislaciones americanas por gran parte del siglo XX. Sin ir más lejos las leyes indígenas chilenas adoptaron expresamente las premisas del indigenismo, el cual subsiste parcialmente en la ley indígena actualmente vigente en Chile.

Conceptualmente el integracionismo consiste en una modelo de acomodación más benevolente con las minorías. Basado en una actitud paternalista, que reconoce y valora su existencia, pero se les considera en una situación de atraso material y cultural, por lo que

³⁷⁷ Bonfil, G. (1986). *“Pueblos Indios: Sus Culturas y Políticas Culturales”*. Anuario Indigenista de 1986. 128-157.

merecen una preocupación especial de la sociedad mayor la que tiene la obligación moral de integrarlas al desarrollo nacional. Una tercera actitud consiste en el reconocimiento al derecho a la diferencia que:

*“Ve en el individuo diferente [indígenas] a otro sí mismo, dotado simplemente de rasgos físicos y culturales, generadores de una sensibilidad, de gustos y aspiraciones propios”.*³⁷⁸

Este tercer modelo ha sido denominado como uno de *valoración de la diversidad*.

³⁷⁹ Este modelo marca un cambio de paradigma en la relación Estado — pueblos indígenas cuyo punto de inflexión es la década de los noventa hasta la actualidad. Esta mirada se plasmó en el reconocimiento constitucional que inspiró las reformas en las constituciones latinoamericanas durante la década de los noventa, con la excepción de la constitución chilena. Según este modelo, el Estado debe valorar y reconocer las culturas y pueblos indígenas como un otro legítimo que no debe ser ni desconocido o integrado sino valorado y esta valoración lo hace acreedor de derechos colectivos de diversa intensidad.

Así desde el inicio de los noventa nos encontramos con movimientos o demandas de reconocimiento a la pluriculturalidad, donde el énfasis estaba puesto en el reconocimiento de derechos colectivos de carácter cultural, pero también políticos aun cuando de baja intensidad. Hacia finales de la década e influenciado por las construcciones anglosajonas transita hacia una mirada multicultural que reconoce derechos colectivos tanto culturales como políticos y territoriales.

Con todo, desde la primera década del siglo XXI se instala una versión más radical del reconocimiento de la teoría de la plurinacionalidad.³⁸⁰ Esta construcción va de la mano de las teorías decoloniales de inspiración posmoderna, en ella se busca hacer una relectura

³⁷⁸ Breton, R. J. (1983). *Las etnias*. Ed Oikos-Tau. Madrid. 152.

³⁷⁹ Este concepto fue tomado desde el pensamiento del antropólogo mexicano Héctor Díaz-Polanco. Díaz-Polanco, H. (2000). “Los Adversarios de la Diversidad”. *Actas del XII congreso internacional sobre pluralismo legal y derecho consuetudinario*. Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico. Milka Castro (Ed.). p.1009-1020.

³⁸⁰ La plurinacionalidad es un concepto trabajado desde la teoría decolonial. Implica el reconocimiento de la preexistencia indígena a los imperios coloniales y el Estado pero también de una herida colonial que subordina los pensamientos y epistemología indígena al pensamiento europeo.

del pensamiento de autores como Gramsci, Franz Fanón, Derrida y Spivack, agregándole un componente indígena.³⁸¹

La teoría de la plurinacionalidad busca la deconstrucción e *indianización* del estado moderno³⁸², mediante la revaloración de las culturas indígena sus formas de vida, economías y valores, de igual modo reivindican las epistemologías indígenas, como una manera de cortar lazos con el pensamiento hegemónico imperialista europeo. Dentro de sus principales exponentes encontramos al expresidente boliviano Álvaro García Linera, Walter Mignolo, Aníbal Quijano y al jurista brasileño José Boaventura de Souza entre otros. Esta versión se ha materializado constitucionalmente en los textos de Ecuador, Venezuela y Bolivia, dando origen a la denominación de “*constitucionalismo andino*”.³⁸³ Esta idea se basa en las premisas de la deconstrucción y articula sus conceptos constitucionales desde la plurinacionalidad, autodeterminación, las lenguas indígenas como lenguas oficiales, el buen vivir y el reconocimiento de la cosmovisión indígena como elementos centrales del Estado. Es del caso destacar que la Convención Constituyente chilena que funcionó entre el año 2021 y 2022, se vio fuertemente influenciada por esta construcción doctrinaria. Desatando agrias polémicas con ocasión de la discusión de la densidad de los derechos indígenas reconocidos en la propuesta constitucional.³⁸⁴ En parte estas críticas influyeron en el rechazo masivo que sufrió el proyecto de constitución en septiembre del 2022³⁸⁵.

³⁸¹ Mascareño, A. (2022). *Abandonar la modernidad. Discurso y praxis decolonial en la Convención Constitucional chilena*. CEP. <https://www.cepchile.cl/investigacion/abandonar-la-modernidad-discurso-y-praxis-decolonial-en-la-convencion-constitucional-chilena/>

³⁸² Entendemos por indianización un proceso sistemático de irradiación de la cultura, prácticas y paradigmas indígenas a fin de que estas sean asumidas por la sociedad no indígena y el Estado. En opinión de este autor, la indianización es un concepto potencialmente totalitario toda vez que es fácilmente argumentable que ella podría perfectamente ser practicada como un colonialismo a la inversa. Incluso en cierto sentido comparte elementos con el maoísmo y la finalidad de la revolución cultural china. Mascareño, A. (2022). Op cit.

³⁸³ Fajardo, L. (2017). El Constitucionalismo Andino y su desarrollo en las Constituciones de Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela. *Revista Diálogos de Saberes*, (47)55-75. Universidad Libre (Bogotá). <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.47.2017.1696>
Artículo resultado del proyecto de investigación “Constitucionalismo Andino”, desarrollado por el Grupo de Investigación de la Universidad Libre en Estudios Constitucionales y de la Paz.

³⁸⁴ Namuncura, D. (2022). ¿Una Constitución indigenista?. *El mostrador*. <https://www.elmostrador.cl/destacado/2022/06/30/una-constitucion-indigenista/>

³⁸⁵ Sitio Histórico Resultados Electorales - Servel. (2022). Servel.cl.

Concluyendo, en Latinoamérica, es posible distinguir la presencia de estos tres modelos de relación interétnica. El asimilacionismo que buscaba la disolución de las identidades en la sociedad mayor y que en términos históricos comprende desde la constitución de los estados modernos hasta entrado el siglo XX; un segundo modelo, integracionismo, – conocido también como indigenismo— se encuentra presente desde la década de los 30 del siglo pasado hasta los años noventa y un tercer modelo de valoración de la diversidad, que domina las políticas públicas y legislaciones desde la década de los noventas en adelante. Es relevante hacer presente que, al no tratarse de leyes de la naturaleza, estas corrientes y modelos coexisten y conviven en las legislaciones latinoamericanas en distintas intensidades no siendo construcciones monolíticas, sino que la más de las veces dialogan entre ellas.

3.- El constitucionalismo y la acomodación de las diferencias etnonacionales.

El constitucionalismo y su expresión en la constitución como limitación al poder político es posible rastrearse en el pensamiento liberal del siglo XVII y XVIII, que se expresa en los primeros textos constitucionales como la constitución de los EEUU. Y la revolución francesa, estos textos se basan en los principios del pensamiento iluminista cuyos paradigmas siguen presentes hasta nuestros días, de la evolución y cambio de estos versaran los próximos párrafos.

3.1.- Introducción.

En este trabajo no se busca definir ni entrar en el debate sobre el concepto de constitución, toda vez que hay tantas definiciones como autores encontramos. Sin perjuicio de ello se adoptará para efectos de esta investigación una definición meramente instrumental de constitución, inspirada en la noción del profesor español Francisco Rubio Llorente quien relaciona la constitución como un marco que da forma al poder estableciendo las reglas, los

límites y mecanismos necesarios para su ejercicio legítimo en beneficio de la sociedad.³⁸⁶ Esta definición combina distintos elementos tanto adjetivos como sustantivos propios de todo texto constitucional. los efectos de este trabajo se entenderá la constitución como:

*“Conjunto de normas fundamentales que la comunidad política se da a sí misma, donde se definen las reglas básicas del ejercicio del poder político y su distribución entre los órganos del estado. Como asimismo se establece un decálogo de derechos y garantías esenciales para los ciudadanos que forman parte de dicha comunidad política.”*³⁸⁷

Se deriva de esta definición a grandes rasgos las partes que todo texto constitucional moderno comprende. A saber, su parte dogmática y orgánica. Esta última define las reglas y formas de distribución del poder político, entre los órganos del Estado. Incorporando usualmente un diseño de pesos y contrapesos entre los poderes públicos. La denominada “sala de máquinas” de la constitución o los “*check and balances*”.³⁸⁸ Por otro lado, la constitución incorpora una parte dogmática que da cuenta del catálogo de derechos de los individuos y las minorías, quienes no estarán seguros a menos que se pongan límites apropiados al poder del gobierno o a las mayorías políticas.³⁸⁹

En consecuencia, la función esencial de una constitución verdadera es limitar el poder del gobierno para que los derechos fundamentales del individuo sean respetados en los hechos y no simplemente en las palabras. Sólo cuando una constitución garantice y proteja efectivamente estos derechos se ajustará a los valores del constitucionalismo. Siguiendo a Beatty se consignará que las constituciones democráticas se caracterizan por imponer al

³⁸⁶ Rubio Llorente, F. (1993). *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 689 págs.

³⁸⁷ Definición de elaboración propia.

³⁸⁸ La expresión *check and balances* hace referencia al sistema de pesos y contrapesos propios de la democracia y el estado de derecho. Definición en: Britannica, T. Editors of Encyclopaedia. Checks and balances | Definition, History, & Facts | Britannica. (2023). In *Encyclopædia Britannica*. <https://www.britannica.com/topic/checks-and-balances>.

³⁸⁹ Como Thomas Jefferson señaló en el *Federalista* “...ciento setenta y tres déspotas seguramente serían tan opresivos como uno...”. La visión de Jefferson se basa en la mera observación de la experiencia humana que ha demostrado la perversa inclinación de los detentadores del poder político a actuar egoístamente y abusar de su ejercicio. Library of congress (2023). *Federalist papers: Primary Documents in American History: Full Text of The Federalist Paper*. <https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text>

estado al menos cuatro condiciones generales -o restricciones- al ejercicio del poder político.³⁹⁰

Primero, y el más básico, es el principio del gobierno del pueblo.³⁹¹ La democracia es el gobierno del *demos*. Es decir, aquellos que acceden temporalmente al poder político lo hacen sólo en tanto tengan la confianza y el consentimiento de la comunidad política, el pueblo como soberano tiene derecho a decidir por sí mismo mediante el sufragio quiénes serán temporalmente sus gobernantes, quienes se mantendrán en su ejercicio siempre que respondan a dicha confianza.

La segunda condición de toda constitución es la separación de poderes o funciones del estado.³⁹² Con este principio, las funciones de crear, promulgar y hacer cumplir la ley se dividen y se asignan a tres ramas diferentes del Estado: La función de legislar corresponde a un órgano denominado congreso o parlamento, la función ejecutiva corresponde a una figura denominada presidente de la república o similar, mientras que la función judicial corresponde a la judicatura. Aunque existe una amplia variación entre los países en el grado en que los poderes ejecutivo y legislativo se mantienen separados. En gran parte de los estados democráticos el poder judicial es el único que no es designado por el pueblo y corresponde a una de las tres ramas separadas del Estado. De esta condición se deriva la idea de supremacía constitucional. No hay norma ni disposición que se encuentre por sobre ella ni en oposición a ella. Su origen lo encontramos en el fallo “*Marbury versus Madison*” en Estados Unidos en el año 1803.³⁹³ Esta sentencia estableció por primera vez el principio de supremacía constitucional y el derecho de los tribunales para hacerlo efectivo.³⁹⁴

Un tercer principio es la división territorial del poder político. Este se expresa en el grado de distribución territorial del poder político. La autoridad para regular y controlar

³⁹⁰ Beatty, D. (1995). *Constitutional Law in Theory and Practice*. University of Toronto Press. <http://www.jstor.org/stable/10.3138/j.ctt1287rcs>.

³⁹¹ Beatty, D. (1995). Op. Cit.

³⁹² Beatty, D. (1995). Op. Cit.

³⁹³ *Marbury v. Madison* | Background, Summary, & Significance | Britannica. (2023). In Encyclopædia Britannica. <https://www.britannica.com/event/Marbury-v-Madison>.

³⁹⁴ Nogueira, H; Cumplido, F. (1993). *Derecho Político, Introducción a la Política y Teoría del Estado*. Editorial Universidad Nacional Andrés Bello.

diferentes partes de la vida de un Estado se distribuye entre un orden de poder central -unitario o federal- y sus subunidades locales -regionales, provinciales, municipales-. El poder del Estado se ajusta a un principio de distribución espacial del poder político, en subunidades nacionales a quienes el poder central transfiere en mayor o menor medida una parte de sus atribuciones a dichas subunidades.³⁹⁵

La cuarta característica es el gobierno de la ley y los derechos fundamentales. Las constituciones modernas junto con distribuir el poder del Estado entre diferentes órganos (verticalmente) y órdenes (horizontalmente) de gobierno, ponen límites al ejercicio de su soberanía, al poder del Estado y a las competencias y atribución de los órganos que lo conforman. Esta característica expresa la limitación del ejercicio del poder público y la vinculación directa de la constitución tanto a gobernantes como a gobernados, este es un mecanismo de garantía de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, a través de estos principios las personas y grupos están dotados de inmunidades al ejercicio del poder, como asimismo de mecanismos de protección en casos de vulneración.

Un último aspecto para entender el constitucionalismo moderno, dice relación con que las constituciones como normas de conducta se enfrentan al delicado equilibrio entre adaptación y cambio.³⁹⁶ Ello requiere el establecimiento de mecanismos de reformabilidad que permitan enfrentar esta natural adecuación normativa. El texto constitucional debe ser a la vez rígido – difícil de modificar— pero también flexible – posible de modificar— ello a fin de adaptarse al cambio propio de toda sociedad. Su imposibilidad total de reforma entraña un riesgo divisivo para las sociedades toda vez que fija una comunidad política en un momento temporal determinado. Las constituciones pétreas atan el destino de la comunidad política a su nacimiento haciéndola refractaria a los cambios sociales. Las constituciones pétreas intentan desoír los cambios sociales tal como lo hizo Ulises amarrándose al mástil de su barco para no escuchar los cantos de las sirenas.³⁹⁷ El riesgo de estas constituciones estriba en el desborde institucional o su transformación en un texto nominal. En términos de Lowenstein, este tipo de constituciones corren el riesgo de transformarse en constituciones

³⁹⁵ Nogueira, H; Cumplido, F. (1993). Op cit.

³⁹⁶ Beatty, D. (1995). Op. Cit.

³⁹⁷ Atria, F. (2013). Op. Cit.

semánticas, es decir aquellas en que su vigencia no enlaza con las aspiraciones de la comunidad política que deberían representar.³⁹⁸

3.2.- Constitución y constitucionalismo clásico: la constitución de la igualdad.

Las constituciones son construcciones modernas en términos históricos, siendo fruto del iluminismo del siglo XVIII. Dicho nacimiento y la ideología que las inspira, las vincula en mayor o menor medida las corrientes liberales clásicas, de ahí su enlace con el liberalismo, constitución y constitucionalismo³⁹⁹.

El constitucionalismo tradicional, buscó racionalizar el ejercicio del poder político a través de las normas, ha recogido desde temprano esta noción al reconocer principios como soberanía nacional, unidad y centralización del poder, libertad, preeminencia de los derechos individuales, neutralidad estatal, igualdad como un valor procedimental, consagración de emblemas nacionales, religiones y lenguas oficiales y un extenso etc. Ese fue el origen de los primeros textos constitucionales, arrancar garantías frente al soberano. Dichas garantías se reconocían única y exclusivamente a los individuos, sin consideración alguna a su pertenencia, origen, cultura y grupos de los cuales este formaba parte. Toda vez que se entendía que a través del reconocimiento de estas prerrogativas bastaba para proteger y garantizar el ejercicio de las libertades e igualdades esenciales del individuo y el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Como es conocido el liberalismo tradicional descansa en la presunción de la existencia de un solo pueblo o *demos* dentro del estado, es decir la comunidad política responde exclusivamente a una única realidad de cultura. De esto se deriva una lectura restrictiva del valor de la igualdad que se manifiesta en la aceptación de una canasta básica de derechos fundamentales a los ciudadanos.⁴⁰⁰ Cualquier reconocimiento a derechos

³⁹⁸ Lowenstein, K. (1979). *Teoría de La Constitución*. Ed. Ariel S.A. pp 619.

³⁹⁹ Recordamos la definición que hemos dado en el capítulo I sobre el constitucionalismo que nos diera el profesor Cea Egaña quien entiende el constitucionalismo como una racionalización del poder político a través de las normas jurídicas. Cea, J. (1992). Op. Cit.

⁴⁰⁰ Tierney, S. (2005) *Constitutional Law and National Pluralism*. Oxford, 2005; online edn, Oxford Academic, 1 Jan. 2010), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199298617.001.0001>,

especiales a personas o grupos en función de su pertenencia étnica o cultural entraña una desigualdad intolerable o una discriminación arbitraria pues se basaría en cualidades no adscritas del individuo o en hechos moralmente arbitrarios producto de “*la lotería de la naturaleza*.”⁴⁰¹ De esta idea se colige que el Estado democrático liberal es y debe ser neutro en términos sociales y culturales.

En consecuencia, gran parte de las prescripciones y normativas que emergen de la tradición liberal han sido construidas sobre una premisa epistemológica si no errada, al menos discutible. Este error radica en que la idea de igualdad, justicia y equidad son impracticables para sectores importantes de la población pues dejan constitucionalmente sin voz ni rostro a grupos o minorías dentro del estado, transformándose en fuente directa de desigualdad, injusticia e inequidad. En este sentido los derechos y deberes ciudadanos son formulados en términos de un *demos* único. Cuando la realidad sociológica desmiente dicha presuposición. De este modo los ciudadanos pertenecientes a los grupos étnicos o minorías terminan en los hechos encontrándose en situaciones de desventaja, marginalización y exclusión.

La idea de igualdad y neutralidad sostenida por el liberalismo clásico y su pretensión de ceguera a la diferencia basados en la idea de una neutralidad entendida como “*omisión benigna*,”⁴⁰² esto es el tratamiento de la diferencia como una cuestión públicamente irrelevante, del mismo modo que se trató la diferencia religiosa. De este modo las reivindicaciones étnicas sobre el Estado deben ser tratadas con el mismo desapego que la religión es decir con “*una neutralidad benigna*”.⁴⁰³ El nacimiento de la democracia liberal responde a la pregunta sobre el modo de garantizar la convivencia entre individuos con diferentes concepciones sin que los ciudadanos se enfrentarán unos a otros.

Hasta hace tan solo un par de décadas la asimilación y homogeneidad se consideraba esencial para la estabilidad política y social de un Estado. La incorporación forzada de las minorías y grupos étnicos era entonces una cuestión de subsistencia e incluso considerada una obligación civilizatoria, especialmente en relación con los pueblos indígenas. Para el logro de este fin los estados utilizaban un amplio abanico de dispositivos que oscilaban desde

⁴⁰¹ Rawls, J. (1972). *Theory of justice*. Belknap Press of Harvard University.

⁴⁰² Kymlicka, W. (2007). Op. Cit.

⁴⁰³ Ibidem.

la desaparición física, la aculturación mediante la educación o la incorporación paulatina de dichos grupos hasta disolverlos en el marco de la cultura mayoritaria.

Estos modelos igualitarios o de asimilación —como *melting pot*⁴⁰⁴ americano y la anglo conformidad⁴⁰⁵— han ido poco a poco cediendo paso hacia modelos más benignos, basados en la valoración de la diversidad étnica y cultural. Este tránsito encontró agudas resistencias, especialmente en las visiones del constitucionalismo liberal más clásico.

En este sentido, la existencia de sociedades altamente heterogéneas desafía la idea de un solo *demos*. La diversidad implica de igual manera una interpelación a la ficción de una comunidad imaginada con fronteras comunes y homogeneidades culturales, en definitiva, el orden mundial proveniente desde la paz de Westfalia.⁴⁰⁶

Debido a que el constitucionalismo liberal se basa en la dualidad intransigente del individuo y el Estado, normalmente no tiene en cuenta la existencia de comunidades étnicas y nacionales. Lo hace por dos razones fundamentales. En primer lugar, el constitucionalismo liberal ve al individuo como la unidad última de valor moral y el último agente de acción. La comunidad no tiene existencia moral y, por lo tanto, no puede ser la fuente de ningún reclamo válido contra el Estado. Siguiendo a Buchanan es posible sostener:

"Que las colectividades indígenas, o cualquier colectividad, son poseedoras de derechos morales no sólo es inverosímil; También es totalmente innecesario desde

⁴⁰⁴ La política del *melting pot* – o fusión – se basa en la asimilación de culturas mediante la anglo conformidad. Es decir, la irradiación de la cultura angloamericana, la adopción del idioma inglés y la adopción del estilo de vida estadounidense. El *melting pot* busca que las culturas heterogéneas se transformen en una homogénea a través de la amalgamación cultural. McDonald, J. (2007). Op. Cit.

⁴⁰⁵ La anglo conformidad es la aceptación voluntaria de los valores y costumbres de la sociedad mayoritaria que absorben a las minorías y a los migrantes en la cultura de la sociedad americana. En Kymlicka, W. (1994). Op cit.

⁴⁰⁶ Siguiendo a Buchanan "Me refiero [por mundo westfaliano] al sistema legal internacional que creció a partir de la paz de Westfalia en 1684. Hay dos características fundamentales de un mundo westfaliano. Los Estados se conciben de (1) más o menos económicamente autosuficientes que también sean autónomos distributivos y (2) como actores políticamente homogéneos, unificados, sin diferenciación política externa". Buchanan, A. (2000). Rawls 's Law of Peoples: Rules for a Vanished Westphalian World. *Ethics*. 110. (4). 697- 721. <https://www.jstor.org/stable/10.1086/233370>
<https://doi.org/10.1086/233370>

el punto de vista de la creación de instituciones para proteger los intereses de los pueblos indígenas".⁴⁰⁷

En segundo lugar, el igualitarismo, el otro principio del liberalismo, requiere que todos los individuos sean tratados por igual, incluso con respecto al derecho a hablar el idioma o practicar la étnicas culturales propias.⁴⁰⁸ Por lo tanto, si todas las personas son tratadas por igual, independientemente de su origen étnico o cultural, entonces las comunidades étnicas no necesitan tener derechos distintivos propios. Esta perspectiva igualitarista no busca eliminar la diferencia, sino a tornarla públicamente irrelevante. Así, desde esta visión, nadie puede demandar un trato especial por parte de los poderes públicos en virtud de su identidad. Esta propuesta, sin ser radicalmente asimilacionista, es heredera de los principios fundamentales del Estado moderno.

El desafío planteado por las minorías a la teoría liberal, es en consecuencia, un desafío proveniente de una posición eminentemente liberal. Pues pone en entredicho los principios del liberalismo clásico en la medida que ellos están basados en una creencia sobre la naturaleza única de la *polis*, es decir la ecuación de un *demos* y una *polis*. Los pueblos indígenas desafían y controvierten los mitos esenciales sobre los que se han creado los estados desde la ilustración pues plantean la existencias de múltiples *demos* o *demos* en el seno de la *polis*.⁴⁰⁹ Ergo, sin una re lectura de esta forma de liberalismo clásico cualquier respuesta se vuelve ineficaz pues no es capaz de proporcionar categorías y herramientas de análisis que respondan a una realidad donde la diversidad étnica y cultural plantea la coexistencia de más de un *demos*.⁴¹⁰

En efecto, la existencia de minorías etnonacionales dentro del Estado, al encontrarse invisibilizadas demandan su reconocimiento a través de la movilización, tensionando la vida

⁴⁰⁷ Jovanovic, M. A. (2005): "*Recognizing Minority Identities through Collective Rights*". Human Rights Quarterly. 27, (2). 625-651.

⁴⁰⁸ Kymlicka, W. (2007). Op. Cit.

⁴⁰⁹ Acerca de la a gran escala la producción de identidad y el sentido de comunidad indígena imaginada se discutirán más a fondo en este documento.

⁴¹⁰ Para una mayor explicación sobre la dicotomía de la polis y el demo y demo. Tierney, S. (2005). *Constitutional Law and National Pluralism*. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199298617.001.0001><https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199298617.001.0001>,

en sociedad. Para administrar las tensiones de la diversidad los estados generalmente han empleado mecanismos de acomodación de la diversidad de dos tipos: unos de carácter político y otros legales. Los políticos dicen relación con procesos de negociación donde los actores buscan moldear el marco constitucional del país de manera que sea fiel a los valores fundamentales y, al mismo tiempo, responda eficientemente a las tensiones que las sociedades heterogéneas plantean. La búsqueda de soluciones a través de la negociación política y el compromiso generalmente implica definiciones y decisiones sobre aspectos centrales de la vida de la comunidad política potencialmente divisivos.

Entonces el Estado debe buscar modelos de acomodación institucional de la diversidad basados en derechos colectivos a fin de canalizar los conflictos etnonacionales de una manera democrática. Sin embargo, hay autores como Allan Buchanan que desconocen la necesidad de reconocimiento de derechos colectivos en función de la pertenencia étnica, pues a su juicio la espiritualidad y cosmovisión indígena no pueden ser fuente de derecho alguno, ello implica el abandono de la noción del Estado laico, pues al igual que la religión cristiana – o cualquiera en general— las creencias indígenas entrañan dimensiones subjetivas que corresponden a la noción de vida buena.⁴¹¹ En consecuencia, ellas no pueden dar origen a derechos colectivos, sino exclusivamente al establecimiento de garantías que resguarden el ejercicio de las creencias.⁴¹²

3.2.1.- Un Estado neutro a la diferencia: “*blind to the difference*”.

El Estado liberal discurre en torno a tres principios centrales: individualismo, igualitarismo y universalismo. Es individualista toda vez que el centro de su protección y reconocimiento es la persona humana, el individuo es la única unidad de medida. Según este principio sólo el individuo es un sujeto moral, dotado de racionalidad y capaz de trazar un plan de vida u horizonte vital de acuerdo con sus propias concepciones de lo bueno y

⁴¹¹ Buchanan, A. E. (2007). *Justice, legitimacy, and self-determination: Moral foundations for international law*. Oxford University Press on Demand.

⁴¹² Kymlicka, W. (2007). Op. Cit.

deseable, sin imposiciones externas “*concepciones de la vida buena*”.⁴¹³ Es decir la adopción de una idea particular sobre aquello que es especialmente valioso en la experiencia humana o que hace que valga la pena vivir la vida de determinada manera. Según esta mirada el grupo, lo colectivo en cualquiera de sus dimensiones sea familia, comunidad, asociaciones, o nación pierde relevancia. Para centrarse en el individuo como único sujeto moral.

En efecto, las opciones de vida buena son perseguidas por cada individuo en su ámbito privado. La identidad de los ciudadanos (en términos culturales, religiosos, sexuales, etc.) es una derivación de su concepción de lo que es la vida buena y por ello una cuestión privada. La comunidad de ciudadanos no se articula en torno de valores culturales o éticos, sino que es una comunidad plural que se organiza en torno a ciertas estructuras políticas compartidas universalmente por todos los ciudadanos, entendidos como sujetos morales autónomos, libres e iguales. Es igualitario pues, los puntos de vista particulares no entran en la discusión pública, y el Estado resulta así ser un mediador imparcial entre intereses y *blind to differences*⁴¹⁴.

Esta combinación entre individualismo, igualitarismo y universalismo modelan las características centrales de la propuesta del constitucionalismo y del Estado liberal. Las que se traducen en el reconocimiento de derechos y deberes individuales establecidos en la estructura institucional de la sociedad, que cristaliza un Estado ciego a las diferencias. Es decir, el constitucionalismo liberal es refractario a tratos basados en diferencias culturales, étnicas, religiosas o de género.

La mirada clásica pone énfasis en la autonomía de los individuos, quienes como seres racionales se relacionan libremente en la sociedad. Frente a las elecciones de las personas, la política tiene sólo una función reguladora: una obligación negativa, de no intromisión en el propio espacio de desarrollo de cada uno.⁴¹⁵ Así, la condición de ciudadano

⁴¹³ Según Rawls la concepción de la vida buena se explica a partir de aquellas decisiones que la persona define como esencialmente valiosas en su experiencia y que le da sentido a su existencia. Rawls, J. (1972). Op. Cit.

⁴¹⁴ Ciego a la diferencia, es decir, como sinónimo de neutral.

⁴¹⁵ Habermas, J. (1994). *Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana*. Habermas, como se cita en Arlettaz, F. (2014). Dos modelos frente a la diversidad cultural: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. 221.

y de ciudadanía se deriva de una serie de derechos cuya fuente es la ley superior. Es decir desde un ámbito de libertad de coerción frente al poder político. Es en dicho margen donde las personas pueden perseguir libremente sus fines y anhelos individuales. Las personas tienen derechos y deberes en tanto individuos y miembros de la comunidad política y no en cuanto a pertenecer a un determinado grupo o sector.

“ La neutralidad liberal se sustenta fundamentalmente en su carácter de ontológico, esto es, en la defensa de la tesis de que el concepto del deber y lo justo están por sobre la idea del bien. De este modo, la justicia como equidad se caracteriza por ser tolerante y encontrarse abierta a que las personas puedan adoptar en ejercicio de su autonomía, las concepciones del bien que sean más congruentes con sus planes de vida particulares. El comportamiento más recto y equitativo que puede alcanzar un agente moral consiste entonces en respetar los principios de justicia, facilitando que todos y cada uno de los sujetos busquen, alcancen y persistan o abandonen la idea del bien que les parezca más excelsa o convincente. ”⁴¹⁶

Sin embargo, no resulta posible sostener que el liberalismo defiende una neutralidad en términos absolutos. Por ejemplo, es abiertamente no neutral en asuntos de justicia o de respeto, protección y garantía a los derechos fundamentales. La no neutralidad dice relación con qué legitimidad de todo sistema democrático depende de la protección de los derechos y libertades fundamentales reconocidos al individuo. En este sentido, nos dice Villavicencio Miranda:

“La neutralidad no opera respecto a los derechos y la justicia, sino sobre cuestiones relativas al bien. Es decir, juicios sobre lo que hace buena o valiosa una vida en particular. Más aún, la ausencia de imparcialidad recién apuntada le impone al Estado el deber de ser neutral respecto del bien con miras a tratar de un modo equitativo a sus ciudadanos. ”⁴¹⁷

⁴¹⁶ Villavicencio Miranda, L. (2012). La neutralidad liberal como anti-perfeccionismo. *Revista de derecho* (Coquimbo), 19(2), 371-391. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200013>

⁴¹⁷ Ibidem.

La idea y defensa de la neutralidad que hasta la década de los 70 's parecía una virtud, hoy ha sido sometida a un profundo cuestionamiento. Así las críticas a la neutralidad estatal van calando profundo en la construcción teórica liberal. La ceguera y neutralidad comienza a ser cuestionada a partir de las ideas de igualdad sustantiva y desigualdad estructural, como asimismo de las relecturas provenientes desde el mismo liberalismo. Estas corrientes sostienen que la neutralidad del Estado es más pretensión que una realidad, pues la neutralidad pareciera reforzar lo que dice evitar, toda vez que reproduce desigualdades, al no considerar aspectos estructurales o culturales que determinan la materialización de desigualdades.

Se sostiene que la pretensión de ceguera y neutralidad estatal no permiten la acomodación de las diferencias culturales y etnonacionales. Haciendo sinónimo la universalidad de homogeneidad, desconociendo la existencia de diversas identidades colectivas subordinadas cuyas formas de vida no dialogan con las maneras mayoritarias o hegemónicas. En estas situaciones la neutralidad actúa reafirmando diferencias, discriminaciones e incluso refuerza estereotipos hacia los grupos no dominantes. Pues por tratarse de una pretensión la neutralidad termina por irradiar los valores de los grupos mayoritarios y en particular de aquellos sectores privilegiados que detentan el poder en perjuicio de aquellos que detentan posiciones más desventajadas dentro de la sociedad.⁴¹⁸

En respuesta a la idea de la neutralidad del Estado y la igualdad formal, Habermas intenta defender una forma material de igualdad respetuosa de los derechos individuales, pero al mismo tiempo ajena al Estado ciego a la diferencia —“*blind to differences*”— del liberalismo más ortodoxo.

“La postura de Habermas implica abrir las puertas a las demandas de reconocimiento de las identidades culturales, pero no desde una forma de favoritismo o excepción, sino desde el diseño y producción de la misma normatividad jurídica. Los derechos han de servir para garantizar a todos los ciudadanos un acceso

⁴¹⁸ Kymlicka, W. (2007). Op. Cit.

igualitario a las comunicaciones, tradiciones y prácticas que esos mismos ciudadanos consideran necesarias para el mantenimiento de su identidad.... ”⁴¹⁹.

Finalmente, y suscribiendo la idea planteada por Kymlicka, en términos que un Estado diverso étnica y culturalmente que reconoce derechos individuales universales no puede ser completamente neutral. Pues más allá de la decisión de mantenerse al margen de las creencias o concepciones de cada grupo, la sola pretensión de neutralidad implica privilegiar a la cultura mayoritaria. Toda vez que en los aspectos más cotidianos de la vida de la sociedad irradia el peso de dicha cultura, al promover una lengua, una historia, escuelas públicas que transmiten los ritos y mitos del Estado y tribunales que aplican su derecho, etc. En efecto todas estas decisiones que pueden parecer irrelevantes refuerzan la cultura del grupo mayoritario marginando e invisibilizando y reduciendo el poder de las minorías en la toma de decisiones políticas. En consecuencia, el Estado no es neutral pues siempre abraza o prefiere unos horizontes de significados en desmedro de otros.⁴²⁰

3.2.2.- La diferencia: un estado ni tan neutro y ni tan ciego.

El abandono de la ceguera y neutralidad es precisamente lo que se busca a través de las políticas del reconocimiento y el multiculturalismo. El trato a partir de la valoración de la diferencia requiere un ejercicio de revisión y relectura del liberalismo clásico como también del constitucionalismo tradicional.

Esta revisión se centra en dos ideas fundamentales: primero, que la fuente de la moralidad es la libertad humana de autodeterminarse; y segundo, que cada persona tiene un modo particular de ser humano. La defensa del ideal de autenticidad implica una reivindicación de los lazos comunitarios, debido al carácter esencialmente dialógico de la vida humana.⁴²¹

⁴¹⁹Habermas, J. (1994). Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana. Habermas, como se cita en Arlettaz, F. (2014). *Dos modelos frente a la diversidad cultural: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada*. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales. 221.

⁴²⁰ Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía Multicultural*. Paidós Barcelona. p. 303.

⁴²¹ Taylor, C. (1994). Op. Cit.

En este sentido, el profesor Alasdair MacIntyre, argumenta que en las sociedades humanas existen numerosas y variadas prácticas que posibilitan el logro de bienes externos e internos.⁴²² La consecución de las virtudes sólo es concebible como característica de la vida entera de una persona. Surge así el concepto de la unidad narrativa de la vida en contraposición a la identidad personal del yo emotivista del liberalismo igualitario.⁴²³

El filósofo escocés, argumenta que no es posible entender a las personas en el vacío, sin hacer una vinculación con su contexto, pues la vida humana constituye una unidad narrativa. Por ello, para hacer entendible una acción humana resulta necesario evaluarla como parte de una historia mayor que configura la vida del individuo. Y también como formando parte de la situación en la que se lleva a cabo. En definitiva, sólo es posible entender las acciones humanas considerándose insertas en una secuencia narrativa determinada por nuestra pertenencia a un grupo. Buscar la unidad de la vida humana es buscar la unidad de un relato y esta búsqueda solo se puede realizar junto o con otros, pues ninguna persona es capaz de perseguir el bien o de ejercer las virtudes individualmente. Es decir, la vida se explica y entiende a partir de la idea y de la relación con la comunidad.

Estas ideas centrales son compartidas y desarrolladas por una extensa corriente de académicos encabezados por Charles Taylor, Iris Marion Young, Amy Gutman, Melissa Williams y Will Kymlicka quienes dan sustento teórico a la política de la diferencia, derechos diferenciados y ciudadanía multicultural. Taylor plantea la política del reconocimiento como sigue:

“La discriminación a la inversa es defendida como una medida temporal que gradualmente nivelará el campo de juego y permitirá que las viejas reglas

⁴²² MacIntyre sostiene que el sentido de la vida humana es el logro de la virtud, cualidad que debe ser entendida no en el sentido aristotélico vinculada al buen seguimiento de las reglas. Sino más bien como la capacidad de conseguir reflexivamente los bienes humanos que constituyen el telos del individuo. Para MacIntyre los bienes pueden ser internos o externos; Los bienes externos son objeto de competencia entre individuos, en su obtención hay ganadores y perdedores y para su obtención siempre da suma cero. En cambio, los bienes internos, son resultado de competir en excelencia. Su característica central es que su logro enriquece a la comunidad toda que participa en la práctica respectiva. Entonces, la virtud se encuentra relacionada con la obtención de dichos bienes. MacIntyre, A. (2013). *After Virtue: A Study in Moral Theory Bloomsbury Revelations*. Bloomsbury Usa Academic.

⁴²³ El emotivismo para MacIntyre está determinado por la realización de juicios morales que reflejan preferencias subjetivas y arbitrarias. Más allá del uso de argumentaciones racionales. Es decir, la racionalidad es estética y no ética. MacIntyre, A. (2013). Op. Cit.

‘ciegas’ retornen con todo su vigor, en tal forma que no discriminen a nadie. Este argumento parece bastante convincente ahí donde su base fáctica es sólida; sin embargo, no justificará algunas de las medidas que hoy se piden en nombre de la diferencia, y cuyo objeto no es el de hacernos retroceder, a la larga, a un espacio social “ciego a la diferencia”, sino, por el contrario, conservar y atender a las distinciones, no solo hoy, sino siempre. Al fin y al cabo, si la identidad es lo que nos preocupa, ¿entonces qué es más legítimo que nuestra aspiración a nunca perderla?’⁴²⁴.

La política del reconocimiento y ciudadanía diferenciada se enfocaron originariamente en la necesidad de protección de las comunidades etnonacionales, diferenciadas particularmente con el Quebec francófono. Este enfoque, plantea una política basada en la relevancia de la comunidad y su reconocimiento en el valor intrínseco para la identidad de los individuos. Asimismo, aboga por un reconocimiento y valoración de los grupos étnicos y culturales y crítica al liberalismo tradicional por su pretensión de neutralidad relevando la identidad como elemento indispensable para la formulación de políticas públicas.⁴²⁵

3.3.- La relectura de la igualdad. Igualdad como “no discriminación” e igualdad como “no sometimiento”.

Tradicionalmente la igualdad formal se entendió como el reflejo de una igualdad natural que emanaba de la condición de dignidad humana. En efecto, históricamente la igualdad fue entendida como brindar el mismo trato a quienes se encuentren en circunstancias concurrentes similares, esto es tratar de la misma manera a quienes se encuentran en situaciones fácticas similares y diferenciadamente a quienes se encuentran en situaciones diferentes. Según esta idea de la igualdad es posible establecer criterios de trato diferenciado

⁴²⁴ Taylor, C. (1994). Op. Cit.

⁴²⁵ Ibidem.

basados en criterios razonables siendo en consecuencia imposible de aceptar aquellas diferencias de trato basadas en criterios arbitrarios o que obedecen a un mero capricho.⁴²⁶

El límite de la igualdad se encontraba en la arbitrariedad, es decir igualdad era sinónimo de no discriminación. Esto no significaba que el poder público o Estado no estableciera tratamientos diferentes para personas o grupos en situaciones particulares. Sin embargo dicho trato debía encontrarse articulado en torno a criterios de razonabilidad. En este sentido el profesor argentino Roberto Saba resume magistralmente esta postura de la siguiente forma:

*“El estado está constitucionalmente facultado a tratar a las personas de modo diferente, siempre que ese trato diferente se funde un criterio justificado. Por supuesto, lo que entendamos por “justificado” hace al centro de la discusión sobre esta cuestión... Cualquier clasificación debe ser razonable (reasonable), no arbitraria, y debe descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga vinculación, sustancial y justa, con el propósito de la legislación, de manera tal que todas las personas en similares circunstancias sean tratadas de igual forma”.*⁴²⁷

En esta idea de la igualdad clásica se define como una igualdad individual, basada en la convicción de que todos los seres humanos son dignos de respeto por igual.⁴²⁸ Este sustrato de inspiración Kantiana, radica en la convicción de que todas las personas son acreedoras de igual tratamiento atendida la dignidad inherente de la cual están dotados. Lo que nos inspira dicho respeto —nuevamente siguiendo a Kant— es nuestra condición de agentes racionales capaces de dirigir la propia vida por medio de principios universales. No se decide ser igual, sino que se es igual, los hombres nacen y son libres e iguales por naturaleza, no se hacen libres e iguales por el reconocimiento de dicha cualidad. En consecuencia, cualquier trato o consideración especial en atención a su pertenencia a un grupo, etnia o cultura entraña una desigualdad intolerable. De ahí se deriva la preeminencia

⁴²⁶ Cea, J. (2015). *Manual de Derecho Constitucional*. Ediciones UC.

⁴²⁷ Saba, R. (2013). Desigualdad estructural y acciones afirmativas. En A. Varas & P. Díaz-Romero (Eds.), *Acción afirmativa: Política para una democracia efectiva* (pp. 85-125). RIL Editores.

⁴²⁸ Peña, C. (1998). Op. Cit.

de la idea de igualdad considerada en términos formales, esto es entendida como igual tratamiento ante igualdad de condiciones y no discriminación.

Si bien esta concepción clásica ha ido progresivamente retrocediendo producto de la revisión efectuada por nuevas corrientes liberales continúa siendo defendida por una parte importante de la doctrina constitucional especialmente anglosajona. El profesor Ronald Dworkin en su obra *el liberalismo* -de 1983- plantea una ardorosa defensa de esta postura.⁴²⁹

En este sentido, para argumentar a favor de esta idea de igualdad establece una distinción entre dos tipos de compromiso moral. Primero aquellos compromisos sustantivos, que consistirán en opciones sobre los fines de la vida, esto es decisiones que versan sobre lo que consideramos una vida buena. El segundo compromiso moral estriba en tratarnos recíprocamente en forma equitativa e igualitaria, este tipo de compromiso es usualmente llamado procesal.⁴³⁰ Dworkin sostiene que una verdadera sociedad liberal es aquella que como sociedad no permite ninguna opinión sustantiva sobre las concepciones de vida buena. La razón de la entidad política como tal no puede ni debe abrazar ninguna opinión sustantiva. Pero es capaz de establecer fuertes y firmes acuerdos sobre cuestiones procesales, dada la diversidad de las sociedades modernas inevitablemente ocurriría que algunas de las personas se comprometieron con la concepción favorecida por la virtud y otras no. Una sociedad liberal debe permanecer neutral ante la vida buena y limitarse a asegurar que los ciudadanos sean tratados sin distinciones y que el Estado los trate por igual. Para Dworkin la idea de igualdad sería entonces un mecanismo para evitar tratos o privilegios arbitrarios que impidan el logro de los fines últimos del individuo.⁴³¹

Sin embargo, en las últimas décadas tanto de sectores liberales como de otras corrientes de pensamiento se ha producido una relectura de la idea de igualdad entendiendo que el sentido clásico de la igualdad no es suficiente para entender y abordar la complejidad de las sociedades modernas, altamente heterogéneas. Donde las identidades se traslapan, superponen y proliferan y determinan las concepciones de la vida buena.

⁴²⁹ Dworkin, R. (1978). *Liberalism. Public and Private Morality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

⁴³⁰ Ibidem.

⁴³¹ Dworkin, R. (1978). Op. Cit.

En efecto, desde la década de los setentas y a partir del desarrollo jurisprudencial norteamericano, expresados en algunos fallo señeros de la Corte Suprema buscaron reinterpretar la XIV enmienda – igual trato ante la ley— de la constitución de los EE.UU.. En este sentido, la Corte Suprema norteamericana y la doctrina constitucional buscaron articular una lectura extensiva de la igualdad ya no solo como “no discriminación”, sino también como un mandato de “no exclusión” de aquellos grupos más desfavorecidos de la sociedad. En esta relectura de la igualdad se han introducido factores y elementos de carácter sociológicos que permiten explicar la igualdad y desigualdad desde perspectivas más amplias y menos individualistas. Siguiendo nuevamente a Saba:

“Vale la pena aclarar que la versión sociológica de la igualdad no se asocia necesariamente con una perspectiva holista (y por ello, no liberal) que identifica la existencia de entes superiores y diferentes a las partes que los componen. Esta visión no individualista de la igualdad continúa reconociendo a las personas como fines en sí mismos y valiosos en términos individuales, sólo que incorpora, además, el dato de su pertenencia a un grupo determinado que le permite reconocer su identidad, tanto a ella misma, como a los terceros que comparten su condición y aquellos que no.”⁴³²

En efecto, los profesores Owenn Fiss y Catharine MacKinnon, entre otros, conciben una idea más amplia de la igualdad, que excede con creces la noción individualista de la no discriminación. El profesor Fiss denomina a esta relectura de la igualdad como igualdad “estructural”.⁴³³ Esta idea de la igualdad estructural guarda una estrecha relación con la idea de igualdad sociológica sostenida por el profesor Robert Post.⁴³⁴ Así Fiss releva la tensión entre igualdad y invisibilización de grupos históricamente desaventajados considerados “*parias*” dentro de la sociedad. Dichas castas precisamente se van consolidando y perpetuando mediante una práctica sistemática de exclusión económica social

⁴³² Saba, R. (2007) “(Des)igualdad estructural”, en Alegre, M. y R. Gargarella (2007), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Edit. Lexis Nexis Argentina, S. A. y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Buenos Aires.

⁴³³ Fiss, O. M. (1976). *Groups and the equal protection clause. Philosophy and Public Affairs* 5 (2):107-177.

⁴³⁴ Post, R. C. (2003). *Prejudicial Appearances: The Logic of American Anti- discrimination Law*. Duke University Press.

pero principalmente política. Según esta perspectiva, evitar la cristalización de un grupo excluido, sometido o sojuzgado es lo que parece subyacer como fundamento del principio de igualdad ante la ley. Owen Fiss y MacKinnon controvierten la versión de la igualdad entendida como no discriminación por desprenderse completamente del contexto social de subordinación y exclusión de un grupo respecto de otro. Como contrapartida la versión de la igualdad estructural, busca hacerse cargo de dicho contexto adhiriendo en consecuencia no solo a una idea de igualdad como no discriminación sino que, siguiendo la tesis de Fiss, complementando la consideración de un trato subordinado y excluyente que consolida la marginación colectiva. La falta del dato de contexto solo lleva a perpetuar la desigualdad dando origen a una casta de excluidos (o *underclass* en palabras de Fiss).⁴³⁵

Esta concepción de la igualdad estructural se evidencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Como lo demuestra en una de sus sentencias más relevantes sobre el tema, caso “*Plyler v. Doe*” (1981).⁴³⁶ En este fallo sobre la igualdad y el acceso a la educación, consigna en una de sus partes dispositivas la idea de casta o *underclass*, para argumentar bajo la premisa de la igualdad como no sometimiento, según lo reproducimos:

“En este pleito se encontraba en debate la existencia de un derecho a la provisión mínima de recursos educativos:

La más completa incapacidad o la aplicación laxa de las leyes que impiden el ingreso ilegal a este país, acompañadas del fracaso en establecer una barrera efectiva al empleo de inmigrantes indocumentados, ha resultado en la creación de una significativa ‘población en las sombras’ (shadow population) de inmigrantes ilegales —que llega a ser de millones— dentro de nuestras fronteras. Esta situación levanta el espectro de una casta permanente de residentes indocumentados, alentados por algunos a permanecer aquí como fuerza de trabajo barata, pero negándoles los beneficios que nuestra sociedad pone a disposición de los ciudadanos y residentes legales. La existencia de este grupo marginado (underclass)

⁴³⁵ Fiss, O. M. (1976). Op. Cit.

⁴³⁶ Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982). (2015). Justia Law. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/202/>

representa uno de sus problemas más complejos para una Nación que se enorgullece por su adhesión al principio de igualdad ante la ley “⁴³⁷

Tanto Fiss como MacKinnon plantean la necesidad que la igualdad incorpore lo que denominan el “antecedente” sociológico de la situación social de subordinación grupal al momento de realizar un juicio sobre la igualdad como una forma de considerar esos factores que determinan la mantención de situaciones de marginación colectiva. En conclusión, la igualdad estructural no excluye idea de igualdad como no discriminación si no que la complementa con elementos estructurales o sociológicos. Particularmente con aquellos factores que determinan la mantención o sometimiento de ciertos grupos y mediante ello la creación de una casta de excluidos (la casta o *underclass*). La idea de igualdad como no sometimiento no se opone al ideal de no arbitrariedad o no discriminación, sino que la concibe como insuficiente e incompleta entendiendo que para un juicio cabal de la misma deben considerarse necesariamente elementos de contexto. En consecuencia la identidad, la opción sexual, género, condición migrante y cultura constituyen categorías relevantes que deben considerarse en un juicio sobre la igualdad pues en los hechos determinan diferencias en el ejercicio de los derechos. En efecto, todo juicio sobre la igualdad implica una dialógica igualdad/diferencia. Como lo plantea el profesor Criado de Diego:

*“No es posible hacer juicios sobre la igualdad sin hacer previamente juicios sobre la diferencia, de suerte que la cuestión no puede resolverse de modo general a través del mandato de abstracción o irrelevancia, porque la esencia misma del concepto es que las cosas no se resuelvan de modo general y definitivo, sino todo lo contrario: que la igualdad se justifica por la corrección del juicio sobre la diferencia, es decir, sobre los aspectos o características que se consideren relevantes a la hora de definir homogéneamente un grupo para imputar consecuencias jurídicas idénticas”*⁴³⁸.

La “diferencia” y los conflictos que surgen de la interacción social entre los diferentes permiten entender la igualdad en su sentido cabal, particularmente, las cuestiones

⁴³⁷ Saba, R. (2007). Op. Cit.

⁴³⁸ Criado de Diego, M. (2011). La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia. *Revista Derecho del Estado*. (26), 7-49.

relativas a su concepto, como aquellos aspectos relevantes para realizar el juicio sobre la diferencia y cómo debe producirse el reconocimiento jurídico de esas diferencias.

“El núcleo específicamente problemático de la cuestión se sitúa en la relación de tensión que existe entre la igualdad jurídica (entendida como homogeneidad) y la diferencia real (entendida como des homogeneidad), por lo que más que de “igualdad” y “pluralismo”, de lo que cabe hablar es de “igualdad” y “diferencia” como términos dialécticos que se relacionan en una contradicción dinámica. Esta contradicción es el corazón de las constituciones contemporáneas.⁴³⁹

La emergencia histórica del conflicto social entre diferentes impide que las constituciones fundamenten sus respuestas en una pretendida búsqueda de la armonía social. Por el contrario, deben asumir la existencia de las tensiones e implicarse activamente en la articulación y administración de ellas al interior de la sociedad. Esta implicación activa no se produce sólo a través de la intervención del Estado, sino que, adicionalmente requiere, con carácter previo, establecer categorías de sujetos que, por sus especiales condiciones sean acreedores de dicha intervención del Estado.

Por otro lado, permite juzgar la compatibilidad con un concepto dado de “igualdad” sobre el que existe un alto grado de acuerdo. La isonomía entendida como igualdad de trato a todas las personas independiente cualquier otra consideración debe necesariamente dar paso a una nueva concepción de la igualdad, entendida como igualdad sustantiva, esto es, trato diferenciado a aquellos grupos o personas que se encuentran en condiciones o circunstancias especiales de discriminación que impiden el ejercicio de los derechos reconocidos para el resto de la población en condiciones de igualdad.

La cuestión de los derechos colectivos es importante para la noción de igualdad entendida como igualdad sustantiva no formal. Toda vez que su determinación define las condiciones en que debe realizarse el juicio sobre la relevancia o irrelevancia de la diferencia. Al respecto Criado de Diego consigna prístinamente que:

⁴³⁹ Ibidem.

“Allí donde prevalece el lenguaje de los derechos individuales, las diferencias grupales tienen un sentido sociológico, es decir son fuente de información y orientación para el legislador y para el juez, pero no tienen una materialización en la norma.

Por el contrario, si entendemos los derechos colectivos como atributos reconocidos a grupos en virtud de su diferenciación cultural, el valor de la diferencia se hace absoluto, de suerte que a este respecto ya no es posible realizar juicios sobre la relevancia, toda vez que este juicio viene constitucionalmente o normativamente zanjado.”⁴⁴⁰

En este sentido, la relación igualdad y diferencia se coloca en la perspectiva de su contribución al reconocimiento de sujetos políticos y de la introducción en la constitución de los conflictos y las contradicciones que estas cargan, al igual que sus mecanismos de administración.

3.3.1.- Constitucionalismo de la diferencia.

Coherentemente a lo expuesto, es necesario relevar que la incapacidad de la democracia liberal clásica de responder a la multiplicidad de identidades y de la fragmentación del sujeto político contemporáneo que componen las sociedades contemporáneas constituye uno de los ejes centrales del debate constitucional moderno.

Entre uno y otros extremos pueden existir diferentes concreciones normativas, distintos “*estatus*” de la diferencia, que hagan más o menos rígido el juicio acerca de la relevancia de. Desde el punto de vista del derecho constitucional, la consecuencia más relevante que ha supuesto la relectura del Estado liberal y de la igualdad ha sido la irrupción de una nueva ola de textos constitucionales basadas en la valoración de la diferencia, que se han dado en llamar “*constituciones de la diferencia.*”⁴⁴¹ Este tipo de constituciones, son

⁴⁴⁰ Criado de Diego, M. (2011). Op. Cit.

⁴⁴¹ Ibidem.

eminentemente sociales y no pueden entenderse única y exclusivamente como el derecho hacia el estado, sino también como derecho de y para la sociedad.⁴⁴²

*“Puesto que, de una parte, se abren a la regulación de la interrelación social; y de otra, la categoría de grupo social entra en la Constitución, por lo que la interrelación no se produce ya entre individuos, sino entre grupos cuyas características son jurídicamente relevantes. Las constituciones se convierten así en textos de articulación social que no solo garantizan la interrelación social autónoma dentro de la sociedad y el mercado como ámbito separado, sino que regulan la interrelación social.”*⁴⁴³

Entendiendo la reflexión sobre el principio de igualdad como igualdad en los derechos y no subordinación o exclusión, resulta relevante responder cuestiones relativas a la identidad y su forma de reconocimiento mediante la incorporación de derechos colectivos u otras formas especiales de subjetividad. Las tensiones que supone la reivindicación política de la diferencia no sólo pueden canalizarse a través de la mediación representativa y la gestión de los conflictos, sino que adicionalmente requieren del reconocimiento como una forma de acomodar dicha diferencia. Estos mecanismos comienzan a actuar a partir del estatus jurídico que adquiere la diferencia en el constitucionalismo contemporáneo.

Sin embargo, las diferencias ya no se entienden ni se interpretan, como hace la tradición liberal clásica, como diferencias de opiniones y creencias propias del ámbito privado, sino que se explican y decodifican en base a condiciones o situaciones estructurales de exclusión y del reconocimiento de derechos.

En efecto, el reconocimiento de derechos colectivos es un problema que se encuadra en el marco de la relación igualdad y diferencia que se expresa en la dimensión constitucional. En concreto, la cuestión central es dilucidar la manera como debe efectuarse el reconocimiento de derechos. Es decir, la forma en que se podrá articular la acomodación institucional de la diversidad en términos constitucionales e institucionales.

⁴⁴² Ibidem.

⁴⁴³ Ibidem.

Algunos autores sostienen que esta acomodación sólo puede producirse mediante la incorporación de derechos colectivos especiales diferenciados en función del grupo en los respectivos textos fundamentales. Otros sostienen que la respuesta se encuentra en el reconocimiento institucional de las “*posiciones de sujeto*” democráticas que no necesariamente se cristaliza en un sustrato constitucional y reconocimiento de derechos diferenciados, sino más bien se traslada el poder decisorio a las instancias jurisdiccionales no políticas.⁴⁴⁴ Otros por su parte, expresan que la acomodación debe resolverse institucionalmente mediante mecanismos de coordinación y representación democrática especial o a través de un reconocimiento que combine todos los mecanismos anteriores. Cualquiera sea la respuesta ante este desafío, resulta necesario relevar que la idea de igualdad en sentido clásico y su expresión constitucional no permite dar una adecuada respuesta a los dilemas de la diversidad, incluso textos constitucionales clásicos como el norteamericano han hecho esfuerzos por reinterpretar el principio de la igualdad mediante la relectura jurisdiccional de la misma, algo de ello enunciamos cuando nos referimos al caso “*Plyer vs Doe*” de 1981.

Sin embargo, el razonamiento de la Corte Suprema norteamericana fue más explícita cuando en un caso previo se refirió al concepto de “grupos desaventajados” que toma nota del famoso voto del juez Blackmun en su opinión concurrente en “*Regents of University of California vs Bakke*”, en 1978.⁴⁴⁵ En efecto en este caso señero el juez de la Corte Suprema norteamericana Harry Blackmun argumentó que el factor racial por sí mismo no es base para un tratamiento especial, de ahí que la acción afirmativa solo se justifique constitucionalmente

⁴⁴⁴ Las posesiones del sujeto, parte de la premisa que las personas considerando que éstas están “involucradas” en relaciones sociales dinámicas en las cuales cada participante crea posiciones y las pone a disposición de sí mismo y de otros para ser ocupadas, ignoradas o afrontadas. De acuerdo con la teoría del posicionamiento, el significado de ser un muchacho o de ser masculino no es, por consiguiente, un conjunto de características fijo, sino uno flexible, cambiante y rebatido. Además, la mayor parte del tiempo el posicionamiento ocurre en el lenguaje cuando tratamos de posicionarnos o de si las personas con las que conversamos se oponen a nuestro intento de posicionar a otros de una forma particular que debemos explicar, defender, abandonar o proteger firmemente, si las personas con las que conversamos se oponen a nuestro intento de posicionamiento. Las personas siempre hablan y actúan desde una posición en la medida en que no es posible hablar desde ningún lado. Phoenix, A. (2002). *Cómo se negocia una posición de sujeto intermedia: Muchachos entre once y catorce años, masculinidades y educación escolar*. Nómadas Colombia. 16. 28-39. <https://www.redalyc.org/pdf/1051/105117941003.pdf>

⁴⁴⁵ Legal Information Institute. “*Regents of University of California v. Bakke (1978)*”. Cornell Law School. Sobre la constitucionalidad de las leyes de cuota y acciones afirmativas a favor de la población afroamericana.

si raza —o color— se considera solo como uno de varios factores de exclusión grupal y el trato diferenciado —acción afirmativa— se utiliza para remediar situaciones anteriores de discriminación y para promover la diversidad.

En este mismo sentido, el profesor español Bartolomé Clavero consignó en relación con esta relectura del constitucionalismo, la incorporación dentro de los grupos desaventajados a los grupos etnonacionales o pueblos indígenas y la resignificación de sus tradiciones.⁴⁴⁶

*“La idea del pacto social entre individuos ha sido complementada por un pacto entre pueblos o naciones, donde los indígenas buscan restablecer el tratamiento de nación a nación ahora dentro del sistema constitucional del Estado. Por ello, este constitucionalismo de la diferencia y diversidad es referido como un constitucionalismo indígena.”*⁴⁴⁷

Estos cuerpos normativos no intentan disolver sino acomodar las diferencias mediante mecanismos institucionales y reconocimiento de derechos colectivos. Entendidos como aquellas atribuciones que buscan el disfrute de bienes significativos que son compartidos y comunes al grupo.⁴⁴⁸ Como explica Juan Zambrano:

*“Las cuestiones que el multiculturalismo y el comunitarismo reivindican para el entendimiento y régimen jurídico de los derechos suelen plantearse en una perspectiva epistemológica, que no se pregunta acerca de la existencia material de las normas, sino de su aceptabilidad racional, bien según su eventual coherencia con el dominante derecho internacional de los derechos humanos y las exigencias teóricas de la validez (Habermas) o razonabilidad (Rawls).”*⁴⁴⁹

Desde el punto de vista del derecho constitucional, la irrupción de la diversidad y la valoración de las particularidades e identidades, así como los conflictos potenciales que estas

⁴⁴⁶ Clavero, B. (2012). Pasado y presente del Constitucionalismo indígena por América y más acá. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*. 10. 543-559.

⁴⁴⁷ Ibidem.

⁴⁴⁸ Zambrano, J. P. (2009). Multiculturalidad y derechos colectivos en Joséph Raz. *Revista de Filosofía Moral y Política*. 41. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3308803>

⁴⁴⁹ Criado de Diego, M. (2011). Op. Cit.

entrañan ha devenido en el reconocimiento de la diferencia en el campo constitucional. La tensión entre igualdad/diferencia se expresa en el corazón de los textos constitucionales, esto es en el ámbito de los derechos y su reconocimiento en las reglas fundamentales de la *polis*. De este modo la vigencia efectiva de las constituciones no requiere solamente procesos adecuados para la concreción de una norma aplicable al caso concreto, sino también el establecimiento de mecanismos orientados a la determinación de los sujetos como elemento fundamental para una respuesta normativa.

La única forma de responder adecuadamente es asumir una visión de valoración de la diversidad concibiendo la democracia como resultado de una estrategia de acomodación de las diferencias. Es decir, relevando a la democracia, junto a sus valores sustantivos, como un valor también procedimental, esto es en cuanto mecanismos de resolución de conflictos. En efecto, así se entiende que la función de la política es crítica y la virtud de la democracia no está en forzar consensos sino en la apertura a ellos y en la posibilidad de administrar el disenso dentro de los marcos democráticos.

3.3.2.- ¿Un constitucionalismo indígena?

En un sentido relacionado -esto es la constitución como espacio para la diferencia- lo expresa el profesor, canadiense Dr. John Borrows,⁴⁵⁰ quien en su obra seminal “*constitucionalismo indígena*” aborda los desafíos de “*la diferencia*” en el ámbito constitucional, en particular con relación a los pueblos o naciones indígenas. Su línea argumentativa central plantea la necesidad de incorporar la identidad indígena en la definición de las reglas de convivencia de una comunidad política diversa. Para ello es necesario reconocer y valorar la cosmovisión y cultura indígena como parte de una tradición constitucional invisibilizada.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ John Borrows es abogado y PhD de la Universidad de Toronto. Es director de la Cátedra de investigación en derecho indígena en la facultad de derecho de la Universidad de Victoria y profesor asociado y director del Programa intensivo sobre tierras, recursos y gobiernos de las Primeras Naciones en la Facultad de Derecho de Osgoode Hall, Toronto, Canadá.

⁴⁵¹ Borrows, J. (2017). *Indigenous Constitutionalism: Pre-existing Legal Genealogies in Canada*. Oxford University Press. 13-44. <https://doi.org/10.1093/law/9780190664817.003.0002>

En su noción de constitucionalismo indígena Borrows reconoce dos categorías normativas distintas pero relacionadas.⁴⁵² Por una parte las normas propias indígenas y las normas sobre pueblos indígenas que reconocen derechos colectivos. Primero, las normas constitucionales indígenas propias, cuya vigencia y persistencia se mantiene – a juicio de Borrows— hasta nuestros días. Borrows agrega que los sistemas normativos indígenas tienen normas propias de regulación del ejercicio del poder, si bien el contacto con los estados e imperios coloniales implicó una profunda resignificación de estas, ellas han sobrevivido y adaptado a las nuevas condiciones de las naciones indígenas. Agrega Borrows que reconocer la coexistencia del derecho indígena junto al derecho estatal es un elemento o paso fundamental para la existencia de un constitucionalismo indígena, en efecto esto es crucial para crear una concepción más saludable y precisa del orden constitucional más amplio en Canadá, las normas propias no solo persisten sino que han evolucionado según los nuevos valores de las culturas indígenas, caracterizándose por su resiliencia.⁴⁵³ Agregando que no se puede crear una descripción precisa de las normas constitucionales canadienses tratando solo un lado de su historia. La consideración de solo una mirada equivale – sostiene Borrows – a la construcción de un edificio sobre una base inestable, el que corre siempre el riesgo de caer y dañar a todos quienes viven en él y dependen para su seguridad y protección.

Borrows propone que el constitucionalismo incluya la mirada y el derecho indígena no solo como una forma de reconocimiento al otro como un legítimo otro, si no, como un camino de reconciliación y paz entre las naciones indígenas y los estados.⁴⁵⁴ El académico canadiense señala que para analizarse estas normas propias debe necesariamente abandonarse toda mirada esencialista, toda vez que las sociedades indígenas y sus normas no se encuentran congeladas en el tiempo, sino que son objeto de un proceso de constante evolución. Borrows asimila el derecho indígena a un cuerpo vivo en constante evolución y cambio.

En segundo término, releva que el constitucionalismo indígena también está constituido por una segunda categoría de normas que son conformadas por aquellas reglas que los indígenas acuerdan con el Estado, que son definidas de común acuerdo desde la

⁴⁵² Borrows, J. (2017). Op cit.

⁴⁵³ Ibidem.

⁴⁵⁴ Ibidem.

valoración y respeto entre culturas. Estas normas permiten sentar las bases desde donde se establecen los preceptos de convivencia común. El constitucionalismo indígena requiere de ambas categorías ya sea intra e intergrupales.⁴⁵⁵

En un sentido similar, el profesor Bartolomé Clavero, centra su análisis del constitucionalismo indígena en una relectura de Bruce Ackerman y *“We the People”*.⁴⁵⁶ En este ejercicio el español plantea lo que él denomina la *“parábola de Ackerman”*.⁴⁵⁷ Esta consistiría en la recuperación de la tradición constitucionalista que pone un presente de libertades, en contradicción con un pasado basado en el olvido del constitucionalismo indígena⁴⁵⁸. En esta lógica presente versus pasado la *“posición original”* – siguiendo a Rawls— se refleja en la invisibilidad de la existencia indígena.⁴⁵⁹ Su ausencia en la definición de toda norma fundante de la comunidad política. Las que han sido definidas sin su participación y consentimiento, desconociendo la normatividad indígena no obstante su preexistencia al Estado y a cualquier posición original.

En definitiva, la idea del constitucionalismo de la diferencia y el constitucionalismo indígena puede ser entendida como un mecanismo de diálogo y acuerdo en la definición de las reglas de la comunidad política. Esta mirada es totalmente compatible con la idea de igualdad sustantiva o igualdad como no exclusión/sometimiento, que describimos más arriba. Es decir, no solo la igualdad como remoción de obstáculos sino como igualdad de oportunidades, a partir de la especial consideración de la situación de postergación,

⁴⁵⁵ Ibidem.

⁴⁵⁶ Ackerman, B. (2009). *Política del Diálogo Liberal*. Editorial Gedisa. 235.

⁴⁵⁷ Clavero, B. (2012). Op. Cit.

⁴⁵⁸ Huelga destacar que en lo central esta corriente plantea que la reemergencia indígena ha dado paso a un nuevo constitucionalismo donde sus pilares se encontrarán en los saberes ancestrales indígenas, especialmente en la idea del buen vivir. En este sentido Fajardo lo define como: *“El llamado Constitucionalismo Andino, es la inclusión y protección de las culturas jurídicas indígenas, además uno de sus avances ha surgido con la inclusión de principios ancestrales de la cultura indígena como el derecho al “buen vivir” y los orígenes, fundamentos y fuentes de este sistema jurídico”*. Fajardo, L. A. (2017). El Constitucionalismo Andino y su desarrollo en las Constituciones de Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela. *Revista Diálogos de Saberes*, (47)55-75.
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1696>

⁴⁵⁹ Rawls, J. (1972). Op. Cit.

desventaja y discriminación estructural sufrida por estos grupos. Sus promotores y teóricos argumentan que este tipo de constitucionalismo se trataría de una corriente:

*“Que reivindica los mejores logros de los derechos y libertades del constitucionalismo de corte liberal y los hace dialogar con las fuertes tradiciones milenarias y comunitarias de nuestras culturas originarias y ancestrales.”*⁴⁶⁰

En lo central esta corriente plantea que la reemergencia indígena ha dado paso a un nuevo constitucionalismo donde sus pilares se encontrarán en los saberes ancestrales indígenas, especialmente en la idea del buen vivir, en este sentido Fajardo agrega:

*“La inclusión y protección de las culturas jurídicas indígenas, además uno de sus avances ha surgido con la inclusión de principios ancestrales de la cultura indígena como el derecho al “buen vivir” y los orígenes, fundamentos y fuentes de este sistema jurídico”*⁴⁶¹.

Finalmente, es indispensable relevar que a pesar de los constantes avances en el reconocimiento de derechos colectivos, los indígenas siguen encontrándose dentro de los grupos más discriminados y vulnerables de la población en Latinoamérica. Así, y no obstante el reconocimiento de derechos e instituciones es posible evidenciar la subsistencia de brechas profundas en el ejercicio de derechos básicos entre la población indígena y la no indígena a lo largo de Latinoamérica. En efecto, en el continente americano, como también en Chile, los pueblos indígenas siguen encontrándose entre los sectores más postergados de las comunidades nacionales, a pesar de los sostenidos avances y progreso vivido por Latinoamérica en las últimas décadas.⁴⁶²

⁴⁶⁰ Ibídem.

⁴⁶¹ Fajardo, L. A. (2017). El Constitucionalismo Andino y su desarrollo en las Constituciones de Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela. *Revista Diálogos de Saberes*, (47)55-75. Universidad Libre (Bogotá). <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1696>

⁴⁶² En relación con Chile, los principales instrumentos oficiales de medición socioeconómica de la población y formulación de políticas públicas a nivel nacional, como son la ficha de medición de hogares o encuesta CASEN y el CENSO de población. Demuestran una disminución sostenida de la pobreza desde 1990 hasta 2020 (40% en 1990 y 17% en 2020), sin embargo, ambos instrumentos demuestran que los bolsones de pobreza son mayores entre la población indígena que entre la no indígena, en efecto mientras entre los primeros los niveles de pobreza ascienden a un 14%, entre los segundos alcanza un 9% del total de la población. En efecto, es del caso señalar que es presumible que a nivel nacional la pobreza haya aumentado con posterioridad a la pandemia producto del COVID-19. Sin embargo, no hay datos oficiales aún.

4.- Diversidad, identidad y reconocimiento.

La coexistencia de diversos grupos etnonacionales en el territorio de un Estado porta en sus entrañas la presencia del conflicto. La profundización, mantención o disminución del conflicto dependerá en gran medida de la capacidad del Estado de acomodar institucionalmente las diferencias para canalizarlas por vías democráticas.⁴⁶³ La evidencia empírica da cuenta que las sociedades contemporáneas raramente constituyen una construcción política homogénea, compuesta por un solo pueblo-nación. Lo frecuente es que sean hogar compartido de dos o más grupos etnonacionales que con mayores o menores grados de subordinación coexisten dentro del territorio del Estado. Las teorías del reconocimiento parecen contradecir el paradigma del Estado —nación. En realidad, el dogma de la homogeneidad se encuentra en contradicción con el reconocimiento de la diversidad y no son pocos quienes estiman que la incorporación de derechos diferenciados constituye: “...Una traición a los ideales de la comunidad internacional”.⁴⁶⁴

Mientras otros expresan que la aceptación de la diversidad implicaría el abandono del iluminismo universalista por un relativismo cultural, una vuelta al antiguo régimen, donde predominaban las tradiciones basadas en fueros y privilegios otorgado de acuerdo con la pertenencia a castas o clases, otros sostienen incluso que su aceptación entraña:

*“El final de la idea de comunidad internacional y su sustitución por un verdadero archipiélago de identidades.”*⁴⁶⁵

Dicho lo anterior, las política del reconocimiento está presente entre nosotros desde inicios de la década de los noventa, con mayor o menor grado de intensidad, ella se basa en términos centrales en el reconocimiento de la diversidad como un valor de la democracia y

⁴⁶³ Según Gurr, los grupos minoritarios involucrados en conflictos étnicos pertenecen a las dos categorías principales: “grupos regionalmente concentrados que perdieron su autonomía ante Estados expansionistas, pero que aún conservan algunas de sus características culturales y lingüísticas y quieren proteger o restablecer algún grado de existencia política separada” (o sea, minorías nacionales); y grupos que “han definido su estatus socioeconómico o político dentro de una sociedad más grande —basándose en alguna combinación de su etnicidad, origen inmigrante, roles económicos o religión— y que están interesados en proteger o conservar dicho estatus “ (esto es, grupos étnicos). Gurr, T. (1993). *Minorities at Risk: A Global View of Ethnopolitical Conflict*. Cambridge University Press.

⁴⁶⁴ Kymlicka, W. (2007). Op. Cit.

⁴⁶⁵ Kymlicka, W. (2007). Op. Cit.

en la convicción que el respeto de la diversidad lejos de constituir un riesgo divisivo fortalece las sociedades toda vez que visibiliza a quienes históricamente han sido excluidos de la esfera pública respondiendo entonces a un imperativo justicia con aquellos grupos históricamente excluidos.

4.1. Identidad y cultura.

Reconocimiento, derecho, identidad y cultura adquieren un significado entrecruzado. La identidad define la pertenencia y adscripción de un individuo a un colectivo diferenciado. Desde esta pertenencia los individuos se definen en diálogo con otros, y determinan sus acciones a partir de un horizonte de significantes comunes, interconectados y compartidos entre los miembros, estos significantes determinan lo que se denomina cultura societal.⁴⁶⁶

La cultura da sentido a sus miembros abarcando tanto la esfera pública, como privada. Solo desde la cultura societal los miembros del grupo pueden definir y determinar sus horizontes vitales o concepciones de la vida buena y tomar las decisiones que estimen necesarias para su materialización. En palabras de Dworkin la cultura entrega a sus miembros *“Un léxico compartir de tradición y convención”*⁴⁶⁷. Por su parte, Kymlicka siguiendo a Dworkin sostiene:

“Las culturas sociales entrañan un vocabulario compartido repleto de tradición y de convenciones sobre el que sustenta una amplia gama de prácticas e instituciones. Por tanto, comprender el significado, una práctica social requiere el conocimiento de este vocabulario compartido. Que el curso de una acción tenga un significado para nosotros depende de sí y de cómo nuestro lenguaje nos permite experimentar y apreciar el curso y el propósito de esta actividad. Y la manera en que el lenguaje lo permite es moldeada por nuestra historia, nuestras tradiciones y convenciones. En este sentido, Dworkin señala que nuestra cultura no solo facilita la

⁴⁶⁶Ibidem.

⁴⁶⁷Ibidem.

*opción las opciones a elegir. Sino que aporta los lentes a través de los que identificamos las experiencias como valorables.”*⁴⁶⁸

Las culturas societales implican instituciones y prácticas comunes, un lenguaje cotidiano de la vida social que se expresa en las prácticas de las áreas que abarcan la mayor parte de las actividades humanas. La identidad cultural proporciona un anclaje para la autoidentificación y la seguridad de pertenencia estable, sin tener que realizar mayores esfuerzos. Las culturas, son valiosas no en sí mismas, sino porque únicamente mediante ellas las personas pueden tener acceso a una serie de opciones significativas. En términos simples. La cultura condiciona y determina el horizonte de significados. Todos elegimos permanentemente entre las prácticas sociales de nuestro entorno en función de nuestras creencias sobre el valor de dichas prácticas. Siguiendo el pensamiento de Will Kymlicka, tener una creencia sobre el valor de una práctica, consiste en comprender los significados que nuestra cultura le otorga. La relevancia de la cultura en este punto es que la autonomía del individuo sólo puede garantizarse adecuadamente, cuando esta se ejerce y desarrolla en un contexto cultural determinado.

Es decir, la cultura societal estructura nuestro horizonte de autonomía, toda vez que los individuos no decidimos ni actuamos en un vacío de significados. El reconocimiento a dichos significados condiciona no sólo nuestra percepción, sino también la de quienes no los comparten. La proyección de valoración o devaluación de estos significados se traducirán – o no— en discriminaciones, estereotipos y exclusiones. En definitiva, en la mantención o profundización de una posición subordinada en su relación con la cultura mayoritaria.⁴⁶⁹

La identidad, cultura y el reconocimiento de la diferencia es fundamental para la subsistencia de los grupos, especialmente de aquellos que se encuentran en relación de subordinación. Si una cultura no goza del respeto o prestigio general dado por una valoración positiva, entonces, la dignidad y forma de mirarse a sí misma estará determinada por el valor asignado y proyectará una imagen devaluada. En palabras simples, el prestigio del que goza o no una determinada cultura no sólo determina la mirada desde otras culturas sino que ésta

⁴⁶⁸ Dworkin, R. (1985). *A matter of Principles*. Harvard University Press. p. 231. Citado por Kymlicka, W. (2007), p. 66.

⁴⁶⁹ Bellolio, C. (2021). *Una cartografía del Liberalismo*. Taurus.

permea a los miembros de la propia cultura, quienes pueden asumir una mirada distorsionada de sí mismos.

Una buena forma de ejemplificar esto lo constituye la obra de Shakespeare titulada “*La Tempestad*”⁴⁷⁰. Donde el autor representa alegóricamente la dicotomía entre barbarie y civilización. La primera encarnada en uno de sus protagonistas, el indígena “Caliban” representado como un sujeto primitivo, salvaje y gobernado por sus pulsiones y la segunda encarnada en “ Próspero”, duque de Milán sujeto que simboliza el progreso, el conocimiento y la civilización europea. Esta obra constituye una representación alegórica a la conquista y colonización de América, mirada desde los ojos del conquistador quien percibe al indígena como un sujeto despreciable, un bárbaro de costumbres salvajes, gobernado por sus instintos y carente de toda racionalidad.⁴⁷¹

La alegoría representada por Shakespeare resume magistralmente la mirada de los imperios colonizadores europeos sobre los colonizados, dando sustento a la idea de la misión civilizatoria que caracteriza la conquista de América. Esta visión sobrevive, en mayor o menor grado, hasta nuestros días. El indígena, su cultura e identidad eran – y son — sinónimo de un pasado atávico, constituyendo rémora histórica que es necesario ocultar. Así la identidad indígena fue asociada al retraso, la barbarie y evocar pasajes indeseables de nuestro pasado. Esta mirada devaluada y la falta de reconocimiento del “otro” se expresa en políticas asimilatorias y de exclusión que perduraron por siglos y que en Chile sólo se cuestionan desde la década de los noventa en adelante.

El reconocimiento al “otro” como “otro” legítimo no es simplemente una cuestión simbólica sino también un imperativo de justicia. La política del reconocimiento precisamente busca la reivindicación y valoración de la diferencia, como un mecanismo para visibilizar las historias y memorias de grupos históricamente excluidos y discriminados mediante el reconocimiento de derechos colectivos en función de grupo.

En efecto, todo proceso de definición constitucional abre un espacio propicio para repensar la relación entre indígenas y el Estado permitiendo la búsqueda de relaciones de

⁴⁷⁰ La Tempestad. Obra teatral escrita por William Shakespeare estrenada en 1611.

⁴⁷¹ Taylor, C. (1994). Op. Cit.

igualdad desde las diferencias, mediante la búsqueda de consensos mayoritarios dejando de lado los prejuicios que históricamente han permeado la relación entre los pueblos indígenas y la sociedad mayor. La obtención de fuertes acuerdos procedimentales permite una sana convivencia social, no necesariamente ajena a conflictos sino con mecanismos de administración democrática de ellos.

En relación a las políticas de la identidad el profesor Charles Taylor en obra seminal sobre la política del reconocimiento. Sostiene que la valoración de la identidad requiere no abandonar el liberalismo sino replantearlo.⁴⁷² En efecto, Taylor expresa que frente al liberalismo “de la igualdad”, ciego a la diferencia, debe preferirse un segundo tipo de liberalismo que denomina “*hospitalario*” frente a las diferencias. Argumenta que dada la estructura cada vez más multicultural de nuestras sociedades contemporáneas, el liberalismo igualitario – como ya vimos — termina en la imposición de la cultura hegemónica de la mayoría. En otras palabras, no puede funcionar propiamente como liberalismo, respetuoso de los derechos del individuo y de su legítima autonomía, y opuesto a todo tipo de tiranía de la mayoría. Por esta razón se necesita otro tipo de liberalismo, uno propuesto por Taylor, que denomina “*hospitalario*”, cuya característica es la aceptación y valoración de las diferencias, por lo tanto, más respetuoso de la dignidad de las personas, pero que también sea capaz de definir la sociedad en términos de fines colectivos y de una concepción sustancial del bien. Este tipo de liberalismo no necesariamente desestima a aquellos que no comparten esta definición.

*"De acuerdo con esta concepción, una sociedad liberal se destaca a sí misma como tal por la forma en que trata a las minorías, incluidas aquellas que no comparten definiciones públicas del bien"*⁴⁷³.

Para tal fin, hay que distinguir entre las libertades fundamentales, que nunca deben ser vulneradas, y los privilegios e inmunidades, que son claramente importantes, pero que pueden ser revocados o limitados por razones de interés público.

⁴⁷² Taylor, C. (1994). Op. Cit.

⁴⁷³ Ibidem.

Una sociedad con fuertes objetivos colectivos puede ser liberal, desde este punto de vista, siempre que también sea capaz de respetar la diversidad, especialmente cuando se trata de aquellos que no comparten sus objetivos comunes; y siempre que pueda ofrecer garantías adecuadas para el ejercicio de este derecho fundamental, es decir no compartir dichos objetivos colectivos.

En efecto, cualquiera sea la argumentación, la diversidad es una realidad incontrastable. Las sociedades modernas son crecientemente heterogéneas. Sin embargo, la forma en que los gobiernos y estados se relacionan con esta diversidad étnica dependerá de factores históricos, sociales e identitarios. No obstante, y siguiendo las palabras del presidente norteamericano Woodrow Wilson:

“No hay nada más desafiante para la paz mundial que el tratamiento que bajo ciertas condiciones pueden ser sometidas las minorías nacionales...”⁴⁷⁴.

Como sostienen una amplia gama de autores, existe una aceptación creciente de que las tensiones provenientes de la diversidad pueden acomodarse mediante medidas institucionales, legales y constitucionales. Principalmente mediante el reconocimiento de derechos que por su naturaleza deben ir más allá de los derechos comunes de la ciudadanía.

En este sentido, se plantea que ciertas formas de diferencia, derivadas de la pertenencia a un grupo sólo pueden acomodarse si sus miembros poseen derechos específicos en función de su pertenencia al grupo; es decir, lo que Iris Young denomina “*ciudadanía diferenciada*”.⁴⁷⁵ La idea de ciudadanía diferenciada en palabras de Young, implica:

“La igualdad como participación e inclusión de todos los grupos requiere a veces un tratamiento diferente para los grupos oprimidos o desaventajados.... para promover la justicia social, las políticas sociales deberían acordar a veces un tratamiento especial a los grupos. defendiendo un principio de representación de los grupos oprimidos en los órganos democráticos de toma de decisiones...”⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Kymlicka, W. (2007). Op. Cit.

⁴⁷⁵ Young, I (1990). *Justice and the politics of difference*. Princeton University Press.

⁴⁷⁶ Ibidem

Es decir, la ciudadanía diferenciada requiere del reconocimiento de derechos específicos en razón a la situación de desventaja que viven ciertos grupos, a fin de promover el acceso de éstos a la toma de decisiones dentro de la sociedad mediante la adopción de mecanismos de redistribución del poder político del Estado. Los procesos de acomodación de las diferencias etnonacionales en el marco de reconstrucciones identitarias, no necesariamente son virtuosos y pacíficos. Muchos de ellos generan profundas cicatrices en las sociedades que los viven. Algunos de ellos van acompañados de grados de violencia significativos. Esta violencia no necesariamente es unidireccional, es decir proveniente desde el Estado. Lo usual es que sea una violencia cruzada, es decir tanto desde el Estado, como de sectores radicales y nacionalistas asociados a alguno de los grupos etnonacionales. La acomodación institucional de la diferencia precisamente busca evitar las escaladas de violencia, a través de su canalización institucional, pero no puede prevenirla a todo evento, sobre todo frente a sociedades profundamente fracturadas por la violencia.

Para la construcción de una sociedad tolerante y que valore la diversidad, es indispensable construir una cultura del diálogo, la paz y la reparación y con un modelo que canalice las tensiones y disenso étnico.

4.2.- La preexistencia y derechos de la multinacionalidad.

Como consignamos al inicio de esta investigación, durante el transcurso de este trabajo recurrimos a conceptos que, si bien se encuentran emparentados entre sí, no son sinónimos y dan origen al reconocimiento de derechos de diversa naturaleza, así usamos con frecuencia los conceptos de grupos o minorías etnonacional – subnacional— y el concepto de grupo étnico. En este sentido y siguiendo a los teóricos del multiculturalismo, cuando nos refiramos a grupos culturales que tienen su origen en la migración o (“poli etnicidad”) recurrirse recurrirá el concepto de “grupos étnicos”. Por su parte, para hacer referencia a grupos humanos preexistentes al Estado, sean indígenas y minorías nacionales (“multinacionalidad”) recurrimos al concepto de “grupo o minoría etnonacional o subnacional”. Ambos fenómenos son relevantes para un modelo de acomodación, toda vez que la migración da lugar a los derechos de la polietnicidad que son eminentemente

culturales, mientras que la preexistencia da origen a derechos de carácter políticos propios de la multinacionalidad.

4.2.1.- Preexistencia y pueblos indígenas.

Los grupos o minorías etnonacional, sean indígenas o minorías nacionales conforman lo que se denomina multinacionalidad, es decir la coexistencia de más de una comunidad de cultura o nación en el territorio del Estado, estas se definen como:

“Aquellos grupos humanos caracterizados por compartir una cultura, historia, lengua y/o religiosidad común, que se consideran a sí mismos como partícipes de una sociedad distinta de la mayoritaria, que cuentan con un sentido de territorialidad sea real o simbólico. Cuya incorporación al Estado obedece a razones no voluntarias, como anexiones, conquistas militares (minorías nacionales) o bien a su preexistencia a los procesos de conquista, colonia e independencia (pueblos indígenas), contando con potenciales elementos para el auto gobierno.”⁴⁷⁷

Dicho estatus de preexistencia, junto a factores como exclusión y subordinación los convierte en acreedores de derechos colectivos políticos de autogobierno, territorio y representación. En definitiva, sea que se trate de naciones incorporadas forzosamente como Quebec en Canadá o los Chicanos en EE.UU.; o bien de grupos preexistentes a la colonización, como los pueblos o naciones indígenas, la presencia de grupos etnonacionales suele estar condicionada de iure o facto a una relación de subordinación y desigualdad estructural con la sociedad mayoritaria.

Como se desprende de la definición dentro los grupos etnonacionales encontramos a los pueblos o naciones indígenas. Los indígenas son colectivos que tienen el carácter de pueblos según se ha reconocido desde el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto el relator de Naciones Unidas J. Martínez Cobo en su informe de 1981 entrega una definición de los pueblos indígenas y que hoy es ampliamente conocida y aceptada. La definición de Martínez ha sido incorporada en gran parte de las legislaciones nacionales – entre ellas Chile—. En concreto el ex relator define los pueblos indígenas como:

⁴⁷⁷ Kymlicka, W. (2007). Op. Cit.

“Las comunidades, poblaciones y naciones indígenas son aquellas que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades invasoras y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran a sí mismas distintas de otros sectores de las sociedades que actualmente prevalecen en dichos territorios o en parte de estos. Actualmente, ellas forman sectores no dominantes de la sociedad y están decididas a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas jurídicos. La continuidad histórica puede consistir en la continuación de uno o dos de los siguientes factores por un periodo prolongado, llegando hasta el presente. Ocupación de tierras ancestrales, o al menos parte de ellas; Antepasados comunes con los ocupantes originales de esas tierras; Cultura en general, o en manifestaciones específicas (como la religión, viviendo en un sistema tribal, la pertenencia a una comunidad indígena, vestimenta, medios de vida, estilo de vida, etc.); La lengua (sea esta usada como la única lengua, como lengua materna, como los medios habituales de comunicación en el hogar o en la familia, o como la principal, preferida, habitual, general o lengua normal); Residencia en algunas partes del país, o en ciertas regiones del mundo.”⁴⁷⁸

Estas naciones indígenas tal como otros grupos o minorías etnonacionales pueden concentrarse en regiones específicas del país, donde la más de las veces constituyen un porcentaje mayoritario de la población, esto se denomina como “*territorial concentration*” o concentración territorial; o bien pueden distribuirse desigualmente a lo largo del territorio del Estado.

Mientras, el segundo escenario se denomina “*local intermingling*” o distribución local. El primer escenario, da origen a lo que se denominan clivajes territoriales que se entrecruzan con el clivaje étnico. Si bien algunas minorías han sido asimiladas o eliminadas,

⁴⁷⁸ Martínez, J. (1981). *Estudio del Problema de la discriminación contra los pueblos indígenas*. Organización de Naciones Unidas.
https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_intro_1981_en.pdf

otras han resistido ambos procesos de aculturación manteniendo sus características étnicas y culturales propias e incluso reforzando sus lazos de identidad y de pertenencia colectiva.⁴⁷⁹

La presencia de minorías o grupos etnonacionales y de grupos étnicos dentro de un país, no necesariamente es sinónimo de conflictos o tensiones interétnicas. Sin embargo, la evidencia comparativa demuestra que los conflictos y profundidad de los clivajes étnico-territoriales son prevalentes cuando las minorías se encuentran territorialmente concentradas en un área específica de un territorio del Estado, por ejemplo Quebec en Canadá, Puerto Rico en EE.UU. o el pueblo mapuche en el centro sur de Chile. En casos de concentración territorial las reivindicaciones sobre autonomía o autogobierno, derechos territoriales diferenciados y acceso a recursos naturales es probablemente una de las demandas potenciales divisivas con el poder central y por ende requieren atención por parte de los gobiernos siendo necesario buscar mecanismos institucionales de *acomodación*⁴⁸⁰ de las diferencias. El análisis de experiencias comparadas nos permite sacar lecciones para la construcción de una mejor relación entre las naciones indígenas, la sociedad nacional y el Estado. En resumen, una sociedad que construya sus bases democráticas a partir del diálogo, la paz como un valor y entendimiento recíproco. El reconocimiento de la libertad y dignidad del individuo como valor universal, a la diversidad a la identidad y al reconocimiento en función del grupo disminuye las probabilidades de conflictos interétnicos. Mientras que la falta de éste estimula la movilización étnica.

Pareciera entonces relevante que los estados implementen políticas de reconocimiento de la identidad, para dejar de lado las ideas de integración, asimilación y homogeneidad. Pensadores, como Rawls y Dworkin subrayan la importancia de corregir desigualdades fortuitas producto del sorteo de hechos moralmente azarosos mediante el reconocimiento genuino del otro como otro legítimo. Sin embargo son Kymlicka, Taylor y Young quienes extienden dicho reconocimiento a los colectivos y grupos etnonacionales, complementando los postulados de Rawls y Dworkin, como se abordará a continuación.

⁴⁷⁹ Tierney., S. (2005). Op cit.

⁴⁸⁰ Este concepto ya ha sido definido anteriormente.

4.2.2.- Acomodación de la diferencia e igualdad sustantiva.

Hasta ahora ha sido señalado que, un mecanismo de administración de las diferencias es la acomodación de esta como una manera moralmente válida de canalizar las tensiones dentro de sociedades heterogéneas. Esta acomodación se materializa mediante respuestas normativas e institucionales que buscan la administración de potenciales conflictos surgidos de la diversidad. Este proceso de “acomodación de la diversidad” implica:

“La capacidad del Estado de contener y administrar conflictos y tensiones intergrupales que coexisten en un mismo territorio estatal dentro de los mecanismos y procedimientos establecidos democráticamente a partir de acuerdos institucionales representativos. Es decir, la administración de las diferencias mediante la distribución del poder político en normas fundamentales.”⁴⁸¹

Siguiendo a Bermeo y Moretti. La idea de acomodación de las diferencias tiene al menos tres objetivos claramente identificables. Primero, busca la minimización de la violencia étnica y la movilización política extrainstitucional. Segundo, permite la disminución de los grados de alienación y hostilidad hacia el Estado central como un mecanismo preventivo de la aparición de sectores radicales que busquen salidas extrainstitucionales donde la violencia y el separatismo terminan siendo consideradas como un camino legítimo; y finalmente, una tercera dimensión vinculada al respeto, protección y garantía de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos sin distinción alguna.

La pretensión de eliminar las tensiones étnicas dentro de sociedades multiculturales no sólo es ingenua sino irreal. El objetivo de un Estado democrático de derecho estriba únicamente en la administración racional del conflicto mediante poderosos acuerdos procedimentales que canalizan institucionalmente y de manera democrática las diferencias que toda sociedad alberga en su seno. La experiencia comparada nos demuestra que políticas basadas en el reconocimiento son respuestas eficaces a la agudización de tensiones interétnicas, mientras que las respuestas que refuerzan la homogeneización y estandarización

⁴⁸¹ Tierney, S. (2005). *Op cit.*

tienden a promover la aparición de nacionalismos excluyentes y radicalizar por parte de grupos que no se sienten representados por la estructura nacional.

El Estado, al considerar que existe riesgo de desborde institucional puede verse tentado a ejercer el monopolio de la fuerza como medida de respuesta a las tensiones y diferencias entre grupos. En estos casos, el ejercicio de la fuerza estatal corre el serio riesgo de escalar la violencia y desbordar la institucionalidad poniendo en tensión el ejercicio de la fuerza, los estándares democráticos y el respeto a derechos fundamentales.

Así, presentada las cosas entonces, la existencia de grupos o minorías étnicas nacionales plantean un serio desafío al constitucionalismo a partir del cuestionamiento a la idea central de unidad indisoluble entre nación y Estado y la legitimidad en el ejercicio del poder político. Como Neil Walker argumenta:

*“La ley fundamental o constitución, ocupa un espacio de relación entre la justificación del sistema legal y la institucionalidad política...toda vez que se sitúa precisamente en la intersección entre la política y la ley. En este punto de vista, las constituciones se sitúan en un espacio donde dialogan, por una parte, con la cultura profunda del poder político de una sociedad y por otro con la autoridad o legitimidad de las instituciones creadas por ésta. La legitimidad es indispensable para dotar a todo sistema normativo de funcionamiento.”*⁴⁸²

En consecuencia, el reto presentado por las minorías etnonacionales en el contexto de sociedades diversas, requiere de un complejo abordaje constitucional. Toda vez que implica una impugnación a los modelos clásicos de constitucionalismo liberal, obligando a repensar modelos diferentes de relación. Estableciendo mecanismos orientados al reconocimiento de derechos y a la distribución del poder político dentro del Estado, es decir, a la articulación de la estructura política institucional que canalice las tensiones y conflictos.

Los textos constitucionales, como se ha planteado a lo largo de este trabajo, son distinguidos como tales, de la simple facticidad del poder en el pensamiento constitucional, por tratarse de reglas aceptadas, legitimadas social y democráticamente a través de las cuales

⁴⁸² Walker. N. (2002). *Fundamental Law, in Laws of Scotland*. Stair Memorial Encyclopaedia, Butterworths, 2002, 29-82 - <https://hdl.handle.net/1814/4132>

se da forma al poder estableciendo sus límites⁴⁸³. En esta línea Habermas, siguiendo a Kant, sostiene:

*“La protección equitativa de la ley no basta para construir una democracia constitucional...No solo debemos ser libres e iguales ante la ley, también debemos vernos a nosotros mismos como los autores de las leyes que nos gobiernan.”*⁴⁸⁴

Nos dice Walker que, el desafío de los estados étnica y culturalmente diversos y de la democracia constitucional es pluralizar su concepción *de los demos* a través de la adopción de políticas basadas en el reconocimiento. Esto, tiene como fin último asegurar y dotar de legitimidad el origen, continuidad, ejercicio del poder y como consecuencia dotar *auctoritas* a la institucionalidad política que lo ejerce. En términos simples y haciendo uso de una frase que se ha vuelto de uso frecuente en Chile desde los días posteriores a la crisis de octubre del 2019:

*“La constitución debe ser una casa común, construida entre todos y donde todos encontremos cobijo independientemente de nuestras diferencias.”*⁴⁸⁵

La acomodación constitucional no es una mera exigencia moral o política, sino una cuestión de justicia distributiva y una obligación o mandato a los poderes públicos en los diferentes ámbitos jurídicos, obligación que viene anclada desde la norma constitucional. La acomodación y el reconocimiento de derechos previene la profundización de las situaciones de subordinación de quienes a partir de su debilidad, exclusión, discriminación y sometimiento manifiesta e insiste en la legitimidad de sus reivindicaciones, y de la existencia de un derecho frente al Estado. Cuando aquello a lo que se tiene derecho no se satisface, la reacción lógica es la deslegitimación de las instituciones. De ahí la peligrosidad que entrañan el desconocimiento, el maximalismo y el fetichismo constitucional. Este último fenómeno tan propio del continente latinoamericano consiste en la atribución de cualidades talismanicas

⁴⁸³ Rubio Llorente. F (1993). Op cit.

⁴⁸⁴ Guttman, A. (1993). *The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics*. Philosophy & Public Affairs. (22). 3.

⁴⁸⁵ LaBot. (2021). La difícil construcción de una casa común. CIPER.
<https://www.ciperchile.cl/2021/08/20/%F0%9F%A4%96-la-difcil-construccion-de-una-casa-comun/>

a las normas constitucionales al texto por su mera consagración, suponiendo que la simple consagración normativa implica la modificación de la realidad política y social de un país.

4.3.- La justicia distributiva y los derechos colectivos: El victimismo no da derechos, ni es origen de deudas históricas.

La demanda indígena por reconocimiento excede el ámbito meramente normativo, para ampliarse a una dimensión más profunda pues se debe entender como un imperativo de justicia, es decir como una exigencia sobre el acceso equitativo y la distribución de los derechos y deberes sociales, pero también de los frutos obtenidos a partir de la cooperación societal de los cuales los indígenas han sido histórica y sistemáticamente excluidos, de la misma manera como se han invisibilizado sus trayectorias, memorias e historias.⁴⁸⁶ En el logro de este propósito el reconocimiento de derechos colectivos constituyen una herramienta central, pues permiten la protección de los grupos etnonacionales y los pueblos indígenas en Latinoamérica.⁴⁸⁷

Esto se debe a dos razones fundamentales. Primero, estos derechos han sido consagrados en instrumentos institucionales que han obligado a los estados a incorporarlos a sus ordenamientos para proteger la existencia y cultura de los indígenas. Segundo, los derechos colectivos se han transformado en una salvaguarda frente al desconocimiento del Estado de la especificidad de los grupos etnonacionales, transformándose en una barrera frente a pulsiones asimilacionistas. Respecto a los derechos colectivos como salvaguardas, implica que estos derechos ofrecen una protección permanente a los indígenas, estableciendo espacios de autonomía y derechos políticos y territoriales. Estos derechos son especialmente importantes para la aplicación de medidas antidiscriminación.

Con todo, resulta relevante hacer un punto conceptual de trascendencia, sobre la fundamentación teórica del reconocimiento de derechos colectivos en función del grupo. En este sentido, resulta necesario relevar que el sustrato del reconocimiento de derechos indígenas radica en la noción de justicia distributiva más no reparatoria. En efecto el

⁴⁸⁶ Peña, C. (2016). Op cit.

⁴⁸⁷ Ibidem.

reconocimiento de derechos colectivos se sustenta en la presencia y mantención de situaciones de opresión históricas y/o exclusión sufrida por estos colectivos a lo largo del tiempo y en su relación asimétrica con los respectivos estado nación y las sociedades mayoritarias. Esta situación se materializa en la imposibilidad de sus miembros de ejercer los derechos reconocidos en igualdad de condiciones que el resto de la población, sea por barreras fácticas o culturales.⁴⁸⁸

Por su parte, es necesario relevar que el sustrato del reconocimiento de derechos colectivos no radica en la idea de justicia compensatoria, como suele pensarse para justificar deudas históricas a partir de dolores del pasado. La justicia compensatoria se funda en el presupuesto que los indígenas fueron despojados forzosamente de las tierras, territorios y recursos naturales de las cuales eran propietarios legítimos. Entonces, producto de su encuentro con los poderes coloniales primero y los estados nacionales después, fueron despojados violentamente de sus facultades de gobierno, territorios, culturas y bienes, condenándolos a una posición de desventaja y pobreza perpetua, la cual el Estado tiene la obligación de compensar como victimario y perpetrador de expoliaciones históricas.⁴⁸⁹

Si bien el argumento compensatorio suena convincente y seductor, no logra explicar debidamente los derechos en función del grupo. En efecto en la línea de la historia de la humanidad un amplio abanico de grupos de individuos, las mujeres, los afroamericanos, los pobres, los discapacitados, los homosexuales, el pueblo judío, los palestinos, etc, fueron privados mediante la fuerza de sus bienes, perseguidos sistemáticamente, privados de sus bienes y vidas o puestos en situaciones de desventaja con relación a grupos mayoritarios. Sin embargo, estas circunstancias no implican reconocer derechos especiales como compensación al sufrimiento o injusticias de la historia. Desde luego estos grupos se enfrentaron a situaciones injustas y tienen la legítima aspiración a que las situaciones de sufrimiento sean reconocidas por los estados junto a dar garantías de no repetición.

Sin embargo, la demanda de justicia compensatoria o victimismo histórico no constituye argumento suficiente para el reconocimiento de derechos. Pensar de otro modo podría transformar la reparación solicitada por los indígenas — o por otros grupos

⁴⁸⁸ Ibidem.

⁴⁸⁹ Kymlicka, W. (1994). Op. Cit.

excluidos— en nuevas fuentes de injusticias, en este sentido imagínese en el caso de la demanda de restitución de tierras ancestrales reclamadas por los pueblos indígenas, su materialización llevaría a millones de ciudadanos a ser desplazados a otros territorios junto a sus familias, pertenencias y propiedades una diáspora moderna con efectos incalculables equivalente a la sufrida por el pueblo judío, los armenios o los alemanes luego de la segunda guerra mundial. Adicionalmente, la argumentación sobre la injusticia corre el riesgo de transformarse en una tautología infinita, toda vez que las tierras y territorios que los indígenas reclaman como ancestrales también en algún momento fueron fruto del despojos previos sufridos por otros pueblos. En efecto, esto podría transformar la demanda de reparación en círculo eterno de restituciones y así hasta el infinito.

Por ello, para evitar este tipo de justificaciones sustentadas en falacias argumentativas la razón de la obligación del estado se encuentra en la idea de justicia distributiva pues y siguiendo las palabras de Kymlicka: “*las injusticias históricas no pueden ser compensadas con injusticias modernas.*”⁴⁹⁰

Dicho lo anterior, resulta plausible sostener que la mejor manera de acomodar las demandas de derechos colectivos indígenas encuentra mejor lugar en una relectura del principio de la igualdad liberal y en consideraciones de justicia distributiva. Como expresa Kymlicka el argumento de la igualdad entendida como no exclusión o sometimiento, permitiría explicar el reconocimiento, toda vez que:

“*Al argumento de la igualdad no interesa retrasar el reloj de la historia ni de volver a los grupos a situaciones en la que podrían estar de no haberse producido ninguna injusticia histórica.*”⁴⁹¹

En virtud de este principio, los pueblos indígenas requieren de una base territorial para mantener su vitalidad y cultura autogobernadas, y por consiguiente impedir perjuicios injustos con respecto a la pertinencia cultural actualmente y en el futuro. El argumento basado en la igualdad ubica las reivindicaciones o demandas indígenas no en ámbito de la reparación, si no en el campo de la justicia distributiva.

⁴⁹⁰ Kymlicka, W. (2007). *Ciudadanía Multicultural*. Ethnopolitics, Vol. 6 N°4, 585 – 597

⁴⁹¹ Kymlicka, W. (1996) *Federalismo, Nacionalismo y Multiculturalismo*. Revista Internacional de Filosofía Política, 7, 20-54.

La justicia distributiva es, para Aristóteles, la noción de “*lo justo o correcto*” respecto a la asignación de bienes en una sociedad. John Rawls propone, siguiendo al estagirita, como principio distributivo central para la constitución de una sociedad igualitaria, la aceptación de las desigualdades en la medida que ellas beneficien a los menos aventajados en la sociedad. Dicha desigualdad se justifica y “*es justa*” en términos que permita a quienes se encuentran en desventaja ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con quienes gozan de mejores condiciones materiales. Es decir, la desigualdad, en última instancia, sólo se justifica como una forma de mejorar la condición de los que están en situaciones más desventajosas en la sociedad.⁴⁹²

Este, en consecuencia es el sustrato y argumento de legitimación de los derechos colectivos en función del grupo y los derechos de los pueblos indígenas, la necesidad de cerrar brechas de desigualdad que han condenado estos grupos humanos a la asimilación, exclusión e invisibilización por parte de la sociedad mayoritaria y los estados modernos. En consecuencia los pueblos indígenas reivindican y demandan reconocimiento de derechos colectivos como una forma de mantenerse y proyectar su existencia como grupo diferenciado al amparo de una sociedad mayor y así mirar hacia el futuro, en el marco del Estado. En consecuencia, los indígenas son acreedores de derechos colectivos por tratarse de grupos y personas que se encuentran en situaciones de exclusión y discriminación, y no por ser o haber sido víctimas de sufrimientos e injusticias históricas o remotas perpetrados por el Estado o las potencias coloniales. El victimismo y la justicia preparatoria no da origen a derechos, mientras que las situaciones de la desventaja, exclusión y marginación constituyen un deber de justicia distributiva, ergo constituyen el sustrato de estos derechos.

4.4.- Ciudadanía diferenciada y reconocimiento a derechos en función del grupo.

La tendencia general desde la década de los cincuenta del siglo XX ha sido que la promoción de los derechos humanos individuales resulta suficiente para subsumir el desafío de las minorías nacionales, el problema más amplio de garantizar los derechos individuales básicos a todos los seres humanos, sin hacer referencia a la pertenencia étnica. La principal

⁴⁹² Rawls, J. (1972). Op. Cit.

presunción desde los Estados y los organismos internacionales es que los miembros de las minorías nacionales no necesitan, no tienen derecho o no se les pueden conceder derechos de carácter especial en la medida que sus derechos individuales sean reconocidos y garantizados, es innecesaria el reconocimiento de derechos colectivos.⁴⁹³

Sin embargo, es cada vez más claro que la lista de derechos individuales comunes garantizados en las constituciones democráticas occidentales no es suficiente para garantizar un acceso igualitario al goce de los derechos reconocidos de la misma manera, particularmente en los estados con una fuerte presencia de minorías nacionales. En este sentido, muy pocas o ninguna de estas minorías nacionales están satisfechas simplemente con el respeto de sus derechos humanos individuales, y no resulta complejo entender las razones de esta incomodidad.⁴⁹⁴

Los derechos de representación en función del grupo se plantean como una respuesta a las desventajas o barreras estructurales del proceso político que impiden que los criterios y los intereses de estos estén debidamente resguardados. Por ejemplo, Iris Young sostiene que los derechos especiales de representación deberían hacerse extensivos a los “grupos oprimidos” como una manera equiparar las oportunidades de todos los individuos⁴⁹⁵:

*“En una sociedad donde se privilegia a algunos grupos y se oprime a otros, insistir en que las personas, en tanto que ciudadanos, deberían prescindir de sus experiencias y de sus preferencias concretas para adoptar un punto de vista general únicamente sirve para reforzar los privilegios, ya que en esta situación de unanimidad acabarían prevaleciendo los criterios y los intereses de los privilegiados, marginando y silenciando los de otros grupos ”*⁴⁹⁶

⁴⁹³Evans, M. (2001). *The Edinburgh Companion to Contemporary Liberalism*. Edinburgh University Press. <http://www.jstor.org/stable/10.3366/j.ctvxcrqv5>

⁴⁹⁴ Ibidem.

⁴⁹⁵ Esta autora habla de cinco problemas que afectan sistemáticamente a estos grupos: explotación, marginalización, pobreza, imperialismo cultural y violencia, de la que deriva la relevancia del término "opresión" para estos casos, subrayando su carácter estructural. Young, I. (1990). *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, pp. 41, 48-63.

⁴⁹⁶ Young, I. (1990). Op. Cit.

Para Iris Young el sistema político perjudica a ciertos grupos que se encuentran en desventaja frente a otros que mantienen una situación de privilegio:

“Por lo que una sociedad debe “proporcionar los medios institucionales necesarios para el reconocimiento explícito y la representación de los grupos oprimidos Para ello el Estado debe garantizar la financiación pública, la lengua y cultura, la representación de estos en los organismos del Estado y el derecho a ser consultados respecto de aquellas políticas que implementadas por él que puedan afectar directamente.”⁴⁹⁷.

El ejercicio de la actividad política – nuevamente siguiendo a Young— demuestra el dominio histórico de algunos grupos sobre otros que ha dejado tras de sí una estela de barreras y de prejuicios que dificulta a grupos históricamente desfavorecidos participar activamente en el sistema político.⁴⁹⁸ El reconocimiento a derechos de colectivos apela a cerrar brechas y problemas que tienen su origen en el modelo de democracia representativa y el estado liberal neutro y ciego a la diversidad étnica. Sus premisas excluyen y subordinan a las minorías etnonacionales, desplazándose a condiciones de subordinación que requieren medidas correctivas por el Estado basados en la idea de igualdad y justicia distributiva.

Derribar estas barreras es el objetivo del reconocimiento de derechos diferenciados en función del grupo. Es necesario recordar que el reconocimiento de derechos colectivos en función del grupo excede la protección y garantía de derechos civiles y políticos básicos. Kymlicka defiende el reconocimiento a derechos colectivos a los pueblos o naciones indígenas como una manera de asegurar su subsistencia grupal. Toda vez que, implica el reconocimiento e implementación de salvaguardas a favor del grupo y cuyo ejercicio permite el resguardo y la supervivencia de este.

Estos derechos se justifican en la medida que establezcan protecciones que garanticen la sobrevivencia de las culturas indígenas, mitigando la vulnerabilidad de las culturas minoritarias frente las decisiones de la mayoría mediante el establecimiento de “protecciones externas”, entendidas como derechos colectivos indispensables para su

⁴⁹⁷ Ibidem.

⁴⁹⁸ Young, I. (1994). Op cit.

subsistencia, pero excluyendo cualquier idea noción de “restricciones internas” es decir aquellas prácticas internas del grupo que eventualmente entran en contradicción con los derechos individuales de los integrantes de cada grupo⁴⁹⁹.

Por otro lado, Josep Raz señala que autonomía y libertad son importantes, pero hay otros principios y derechos que hacen posible esta libertad y autonomía, por ejemplo, la provisión de variados bienes colectivos, lo que se ha denominado la teoría colectivista moderada de los derechos colectivos.⁵⁰⁰ Dicho lo anterior, aquí se seguirá la idea central planteada por Will Kymlicka en su obra seminal “Ciudadanía Multicultural” define los derechos colectivos entendiéndolos como:

*“Aquellas reivindicaciones de los miembros de grupos étnicos y grupos etnonacionales de derechos, competencias, estatus o inmunidades diferenciados en función de su pertenencia a un grupo, fuera de los derechos comunes de ciudadanía.”*⁵⁰¹

El aspecto central de los derechos colectivos en función del grupo es que otorgan facultades a las personas para garantizar su acceso a bienes comunales o colectivos. Cualquier propuesta de representación de grupo debe resolver diversas dificultades, como por ejemplo, la adecuada identificación de grupos desfavorecidos, cuáles son los bienes comunes, alcance de los derechos, sus limitaciones y formas de participación que asegure un verdadero reconocimiento. Aunque a primera vista los derechos diferenciados en función del grupo para las minorías pueden parecer discriminatorios, habida cuenta de que asignan derechos individuales y poderes políticos diferenciadamente en virtud de la pertenencia a ellos, en realidad son consistentes con los principios liberales de igualdad.

Becerra, siguiendo a Jovanović, indica que los derechos colectivos, en particular de los que son titulares grupos, no pueden basarse en un punto de vista individual, ya sea normativa o moralmente. La característica más importante de este tipo de derecho es que deben ejercitarse por un grupo, pero no a una persona específica del éste, sino que por una

⁴⁹⁹ Rawls, J. (1972). Op. Cit.

⁵⁰⁰Raz, J. (1994). “National Self Determination”, en Íd. Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Freedom, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 129-130;

⁵⁰¹ Kymlicka. (2007). Op cit.

colectividad o grupo específico de personas.⁵⁰² Mientras que el profesor Juan Pablo Zambrano quien en una relectura de J Raz expresa:

*“La titularidad del derecho es siempre individual y lo que justifica en algunos casos la ficción de acciones colectivas o de grupos titulares de derechos es que el disfrute del bien es compartido.... Lo que compartimos en realidad son tres cosas: a) la necesidad personal de realizar nuestros planes de vida b) el hecho que dichos planes de vida se realizan en un espacio y tiempo determinado c) que en dicho espacio común existen otros que también buscan realizar sus planes de vida. Esto nos obliga, por una cuestión fáctica a llegar a acuerdo y a compartir bienes. Pero, siendo constitutivamente así, estos bienes siguen siendo un medio y por tanto están en relación con el fin de lograr ciudadanos plenamente desarrollados”*⁵⁰³.

Desde la segunda mitad del siglo XX el reconocimiento de derechos especiales a grupos etnonacionales se encuentra presente en gran parte de los textos constitucionales del mundo. En estos ordenamientos constitucionales, se incluye expresamente o por vía jurisprudencial el principio de la diferencia y el reconocimiento de derechos en función del grupo. Esto es evidente en la constitución canadiense donde se reconoce derechos como autonomías territoriales, a través de regímenes federales o autonómicos, sistemas de justicia indígena, acceso a los recursos naturales de propiedad del Estado, etc.; mientras que otros textos como la constitución de Argentina, México, Perú y Colombia desarrollan reconocimientos de menor intensidad basándose en aspectos relativos a la diversidad cultural. Estas experiencias de derecho comparado, como también los estándares fijados por instrumentos internacionales de derechos humanos, minorías etnonacionales y pueblos indígenas sea en sus versiones *hard law* o *soft law*⁵⁰⁴. Estas definiciones de derecho comparado nos van entregando elementos para acotar la discusión en torno a derechos de los grupos etnonacionales e indígenas dando forma a los modelos de acomodación institucional de las diferencias.

⁵⁰² Becerra Valdivia, K. (2022). Los derechos colectivos indígenas: propuesta de una clasificación en perspectiva comparada latinoamericana. *Ius et Praxis*, 28(2), 99-123.

⁵⁰³ Zambrano, J. (2009). Op. Cit.

⁵⁰⁴ Anglicismo para relevar la diferencia entre pactos o tratados y declaraciones.

De este modo es posible acomodar las diferencias y tensiones etnonacionales mediante el reconocimiento de un conjunto de derechos diferenciados en función del grupo. Es decir, los estados multinacionales – como Chile— tienen un desafío importante en aras de la paz social. Este desafío consiste en acomodar estas diferencias nacionales y étnicas de una manera estable y moralmente defendible a través del reconocimiento de derechos en función del grupo.⁵⁰⁵ Es decir, mediante el reconocimiento de una nueva idea de ciudadanía que más atrás en este trabajo fue denominada como “*ciudadanía diferenciada*” siguiendo las ideas de Young y Will Kymlicka.⁵⁰⁶ En este sentido, es necesario reiterar que no existe contradicción en reconocer derechos colectivos en conjunto con los derechos individuales, toda vez que la tensión es más aparente que real, en efecto como dice el profesor canadiense:

*“Si bien los individuos deben ser libres y autónomos de escoger su proyecto de vida. Dicha autonomía sólo puede desarrollarse. En el marco de un contexto cultural. Específico... Nadie escoge su proyecto de vida en un vacío de significado.”*⁵⁰⁷

Tanto en doctrina como en derecho comparado existe un amplio consenso en torno a la necesidad de reconocimiento y a aquellos derechos indispensables para la sobrevivencia de los grupos etnonacionales, así es posible mencionar: el derecho al autogobierno o autodeterminación, derechos políticos, derecho a las tierras, territorios y recursos naturales y finalmente derechos culturales o derechos poliétnicos. En efecto, la experiencia internacional da cuenta que los derechos en función de la pertenencia pueden agruparse en torno a tres ejes:

508

⁵⁰⁵ Guttman, A. (1993). Op. Cit.

⁵⁰⁶ A diferencia de la postura de los liberales radicales sobre la aceptación de derechos “diferenciados”, que propugnan más bien la desintegración y la desunión, Kymlicka propone una ciudadanía diferenciada que reconozca los derechos diferenciados de grupos. La forma de pertenencia a la comunidad política no debe plantearse únicamente como individuos, sino a través del grupo. Los derechos colectivos implicados dependen prácticamente de la pertenencia a la comunidad de que se trate. Una ciudadanía diferenciada debe tomar en cuenta la adopción de tres tipos de derechos: poliétnicos, de representación y de autogobierno.

⁵⁰⁷ Corte Internacional de Justicia (2010). Opinión consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. CIJ. <https://www.dipublico.org/cij/doc/180.pdf>

⁵⁰⁸ Kymlicka. (2007). Op cit.

a.- Derechos colectivos a la autodeterminación o autogobierno.

El derecho de autogobierno consiste en que el grupo tiene la facultad de dotarse de su forma de organización interna según una base territorial y de relacionarse con el grupo mayoritario de acuerdo con las reglas que la minoría nacional defina. El derecho de autogobierno se lo hace sinónimo del derecho a la autodeterminación que es un derecho humano reconocido en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

b.- Derechos colectivos culturales o derechos de la polietnicidad.

Derecho político cultural o también denominados derechos poliétnicos, estos consisten básicamente en los derechos de los grupos etnonacionales y grupos étnicos a la práctica y reconocimiento de sus costumbres y valores de manera colectiva para de esta forma evitar la discriminación y los prejuicios. El objetivo de los derechos colectivos culturales o de la poli etnicidad es estimular que estos grupos o minorías expresen sus particularidades sin ningún tipo de barrera o discriminación, garantizando su éxito en la vida económica política y social de la sociedad dominante.

c.- Derechos políticos y de representación.

Los derechos especiales de representación dicen relación con la incorporación de aquellos grupos menos favorecidos en el corazón del proceso de toma de decisiones dentro del marco de una sociedad democrática.

Para concluir, los derechos colectivos buscan que los grupos étnicos y etnonacionales sean protegidos a través de medidas positivas implementadas por el Estado para así evitar forzar su integración y desaparición, esta y no otra, es la explicación de la existencia de derechos diferenciados en función del grupo. Constituyendo una forma o mecanismo de honrar los principios liberales de igualdad, respeto y tolerancia, lo que en ningún caso conforman un privilegio o una alteración a la igualdad como algunos sectores lo plantean insistentemente. Los derechos diferenciados en razón de la pertenencia grupal son necesarios dice Kymlicka para:

*“Superar los perjuicios y prejuicios inmerecidos y “moralmente arbitrarios”, particularmente si estos son “profundos y extendidos, y están presentes desde el nacimiento”*⁵⁰⁹.

Atendida la relevancia del reconocimiento estos derechos y la definición de sus contenidos serán abordados en los próximos párrafos donde se buscará diferenciarlos de aquellos derechos de ejercicio colectivo que buscan corregir asimetrías de poder o el acceso a bienes comunes o derechos colectivos de acción afirmativa.

4.5.- Derechos en función del grupo y derechos colectivos de acción afirmativa.⁵¹⁰

La idea de reconocimiento de derechos colectivos en función del grupo puede llevarnos a equívocos, por lo que es necesario hacer una distinción fundamental en cuanto a dos clases de derechos colectivos: primero los derechos colectivos que buscan corregir asimetrías o acceso a bienes comunes y aquellos derechos colectivos en función de la pertenencia a un grupo étnico o grupo etnonacional. Estas situaciones comparten la naturaleza colectiva de la protección pero divergen en cuanto a su justificación y alcance, los primeros han sido conceptualizados como derechos colectivos de acción afirmativa, mientras que los segundos son denominados como derechos en función del grupo o de la pertenencia grupal.⁵¹¹

Es necesario prevenir que cuando se hace referencia a los derechos colectivos en esta materia nos referimos a aquellos reconocidos en función de la pertenencia al grupo como es el caso de los derechos colectivos de los pueblos o naciones indígenas, y no a los derechos de las colectividades o grupos de interés, como pueden ser los derechos de los sindicatos, corporaciones, consumidores o acciones de clase. En efecto, mientras los derechos colectivos reconocidos a las minorías etnonacionales tienen objetivos que apuntan a la mantención o cohesión interna del grupo toda vez que sus miembros están unidos por vínculos identitarios profundos indispensables para su subsistencia y trascienden el fin de la discriminación

⁵⁰⁹ Ibidem.

⁵¹⁰ Sanders, D. (1991). Op. Cit.

⁵¹¹ Ibídem.

externa contra sus miembros, los derechos colectivos grupales buscan acciones para superar la discriminación al mismo tiempo que tienen por finalidad proteger y mantener prácticas culturales propias, garantizando mediante estas protecciones la subsistencia grupal. Por su parte aquellos derechos colectivos de acción afirmativa son reconocidos a un conjunto de personas que se organizan en torno a intereses comunes, como son sindicatos, comunidad de la diversidad sexual o LGTB,⁵¹² pescadores artesanales y las organizaciones de consumidores, tienen por objeto la protección de sus intereses específicos. Estos derechos buscan garantizar el uso, goce o acceso a bienes colectivos o públicos y/o la corrección de asimetrías de poder, mediante la implementación de acciones positivas por el Estado orientadas a garantizar igualdad de condiciones y/o evitar situaciones de discriminación como es el caso de los sindicatos o consumidores. Por su parte las acciones afirmativas son medidas correctivas temporales frente a asimetrías o desigualdades, que una vez corregidas desaparecen del sistema.

En esta dimensión de los derechos colectivos se expresan nítidamente a través de los programas de discriminación positiva cuyo funcionamiento involucra una articulación de derechos individuales y grupales, pero ningún programa de acción afirmativa busca igualar a cada uno de los miembros del grupo individualmente considerados si no al colectivo tomado como un conjunto. La característica central de la acción afirmativa está dada por su temporalidad, es decir esta medida correctiva terminará cuando la brecha o asimetría que da origen a la acción afirmativa termine⁵¹³.

Para ilustrar aún más la idea central detrás de este tipo de derechos colectivos, es posible recordar el caso de un derecho colectivo reconocido en materia laboral, como es la "negociación colectiva". Esta es una facultad que las legislaciones reconocen a los sindicatos o uniones que tiene por finalidad mejorar las condiciones laborales de los trabajadores; La negociación colectiva puede verse como una respuesta grupal a la asimetría de poder entre los trabajadores y empleadores. La negociación tiene por finalidad de intentar lograr mejores

⁵¹² LGTB es la sigla que define al movimiento de la diversidad homosexual y transgénero. La sigla es el acrónimo para incluir a grupos como Lesbianas, Gay, Transgéneros y Bisexuales. Este movimiento reivindica la identidad de género y la antidiscriminación por orientación sexual. LGBTQ Community | Definition, Meaning, & Flag | Britannica. (2023). In *Encyclopædia Britannica*. <https://www.britannica.com/topic/lesbian-gay-bisexual-transgender-and-queer-community>

⁵¹³ Kymlicka, W. (1994). Op cit.

condiciones de trabajo para los miembros de la unión o sindicato. Dicha organización no tiene otro fin de mayor trascendencia toda vez que no desempeñan otro rol más allá de mejorar las condiciones de los trabajadores. Ningún fin colectivo adicional está involucrado más allá de los intereses específicos del grupo de trabajadores parte del sindicato, la misma situación si pensamos en los miembros de las asociaciones de consumidores.

Por su parte los derechos colectivos en función del grupo son construcciones permanentes, que junto con corregir desigualdades buscan mantener y reforzar la identidad y sobrevivencia de los indígenas.⁵¹⁴ Hacer la distinción sobre ello es fundamental toda vez que el reconocimiento de la identidad cultural y pertenencia al grupo es un valor fundamental en el marco de sociedades democráticas y plurales. Los grupos y minorías étnicas nacionales buscan más que el derecho la igualdad, participación y no discriminación, estos grupos también persiguen fines colectivos que exceden el trato igualitario, como son la mantención de una cultura diferenciada para lo cual requieren de la protección y recreación de sus vínculos intergrupales como forma de asegurar su autonomía y protección para asegurar su sobrevivencia, identidad y desarrollo colectivo.

La presión social, económica y cultural ejercida por el Estado tiende a promover su asimilación e integración a la sociedad mayor. En este sentido, la valoración de la identidad implica un reconocimiento a la libertad y autonomía del individuo haciéndolo acreedor de un trato diferenciado mediante el reconocimiento de derechos especiales en función del grupo para que de este modo puedan ejercer libremente sus derechos y adoptar sus decisiones según sus propios valores. En palabras de Owen Fiss esta vinculación radica en una “*condición de interdependencia*” o “*idea de comunidad*” que le da sentido al colectivo, esta idea o condición determina que la identidad y el bienestar de los miembros del grupo están íntimamente imbricados.⁵¹⁵

El reconocimiento de derechos colectivos en función de la pertenencia grupal protege al colectivo de las injerencia del Estado, sociedad y cultura mayoritaria impidiendo las intromisiones potencialmente desestabilizadoras que pongan en riesgo la subsistencia

⁵¹⁴ Newman, D. (2006). *Theorizing Collective Indigenous Rights*. American Indian Law Review, 31(2), 273–289. <https://doi.org/10.2307/20070788>

⁵¹⁵ Fiss, O. M. (1976). Op cit.

grupal.⁵¹⁶ Los derechos en función del grupo no se agotan en las acciones afirmativas ni a aquellos derechos sociales o de clase como podría ser los derechos de los trabajadores sindicalizados, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación o el ejercicio de acciones colectivas reconocidas a los consumidores. En relación con las primeras, tanto Jovanović como Kymlicka precisan de modo acertado que los derechos colectivos superan largamente la lógica que subyace a las acciones afirmativas.⁵¹⁷ En efecto, esta construcción teórica busca dotar de fuerza normativa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas dentro de la teoría moral.⁵¹⁸ Los argumentos para su articulación se basan en la valoración de la identidad, cultura, pero también en la exclusión e invisibilización histórica sufrida por grupos etnonacionales de parte de quienes detentan el poder político. Dicho ello la justificación de su adopción nuevamente estriba en argumentos de justicia pues se establecen para fomentar la igualdad entre los grupos evitando o corrigiendo las situaciones de desventajas históricas que han puesto a los indígenas en posiciones no dominantes de la sociedad y estructuralmente discriminadas.

En el marco de una propuesta de acomodación de la diversidad etnonacional el profesor Michael McDonald reflexiona sobre la relación entre derechos colectivos e individuales. Planteando la posibilidad de colisión entre ambos tipos de derechos, y sostiene que esta se podría suscitar en el caso de que los derechos colectivos entren en tensión con los derechos individuales a consecuencia de una vulneración de estos últimos. Por su parte Kymlicka sostiene que no existe contradicción real entre derechos colectivos e individuales, sino más bien complementariedad. El reconocimiento de los derechos colectivos en función de la pertenencia busca la equidad en el trato entre los diferentes grupos etnonacionales y su reconocimiento se articula y complementa con la protección de los derechos individuales dentro de las comunidades políticas mayoritarias y minoritarias.

Para resolver las eventuales tensiones entre derechos individuales y colectivos los teóricos liberales recurren a la idea de protecciones externas y las restricciones internas.⁵¹⁹

⁵¹⁶ Kymlicka, W. (2007). Op. Cit.

⁵¹⁷ Ibidem.

⁵¹⁸ Ibidem.

⁵¹⁹ Ibidem.

Las primeras – protecciones externas— dicen relación con los derechos colectivos reconocidos en función de la pertenencia grupal, constituyen mecanismos de protección para beneficio y subsistencia del grupo es decir son protecciones intergrupales; mientras las restricciones internas consisten en acciones intragrupales orientadas a imponer conductas al grupo que entran en directa colisión con la libertad de sus miembros. Las restricciones internas no pueden ser toleradas en el marco de sociedades democráticas, pues buscan limitar e imponer conductas a sus miembros en nombre de la solidaridad grupal o mantención de la cultura societal. A diferencia de las protecciones externas que buscan garantizar la subsistencia asegurando la libertad grupal, las restricciones internas buscan coartarla imponiendo prácticas que vulneran los derechos fundamentales de los miembros del grupo.⁵²⁰ En efecto, una articulación coherente entre los conceptos de protecciones y restricciones excluye y resuelve toda posibilidad de tensión entre derechos colectivos e individuales permitiendo dilucidar las contradicciones entre ambas categorías de derechos.

De este modo, la esencia de los derechos colectivos en función del grupo no sólo dice relación con la superación de situaciones de discriminación colectiva, sino principalmente con establecimiento de protecciones externas, con la finalidad de asegurar la subsistencia del grupo, que sin este reconocimiento correría el serio riesgo de desaparecer. Una sociedad que valora la diversidad requiere del establecimiento de protecciones externas que implica el reconocimiento de derechos colectivos de al menos tres niveles: políticos, culturales y territoriales, según se revisará en el próximo capítulo.

5.- Hacia un concepto de multiculturalismo y sus críticas.

La noción de multiculturalismo tiene su origen en Canadá como política de Estado durante el gobierno Liberal de Pierre Trudeau.⁵²¹ Su consagración normativa se encuentra en

⁵²⁰ Pensemos como restricción interna la práctica de la castración femenina, los matrimonios concertados o la poligamia todas practicas frecuentes en culturas provenientes del África subsahariana o en las culturas indígenas. Este tipo de tradiciones o costumbres no pueden ser aceptadas en el marco de los derechos colectivos.

⁵²¹ Pierre Trudeau fue primer ministro de Canadá entre los años 1968 a 1984, cargo que ejerció durante 16 años solo con breves interrupciones en 1974 y 1982. Trudeau es considerado el padre del multiculturalismo y el creador de la constitución canadiense de 1982. Actualmente su hijo Justin Trudeau detenta desde 2015 el mismo cargo que su padre detenta cuatro décadas atrás .

la reforma constitucional de 1982, consecuencia del denominado proceso de repatriación constitucional. A través del multiculturalismo se buscó una valoración de la diversidad étnica y cultural de la sociedad canadiense mediante el reconocimiento de derechos colectivos en función del grupo tanto a los francófonos de Quebec como a los pueblos y naciones indígenas estableciéndose la idea de derechos y ciudadanía diferenciada. Según veremos paulatinamente se extiende y consolida.

5.1.- El multiculturalismo y la ciudadanía diferenciada.

La idea de multiculturalismo reivindica la concepción del “*mosaico de culturas*”⁵²² y la acomodación de la diferencia a través del reconocimiento de derechos colectivos en función del grupo en oposición al modelo del “*melting pot*” o fusión de culturas promovidas por Estados Unidos. En la década de los ochenta el multiculturalismo se convirtió en un principio orientador básico de la política canadiense instando a interpretar la constitución desde ese marco teórico multicultural y a promoverlo activamente en las políticas públicas.⁵²³

El modelo multicultural nace vinculado al reconocimiento de Quebec y sus particularidades fue paulatinamente ampliándose para extender su aplicación a las primeras naciones o pueblos indígenas y los crecientes flujos de población migrante que arribaban continuamente al país. A partir de la década del ochenta y con la globalización se transforma en una fórmula exportable como un mecanismo de acomodación de las tensiones y reconocimiento a derechos de las minorías en el ámbito internacional. No obstante, su popularidad, la noción de multiculturalismo o multiculturalidad sigue siendo ampliamente controvertida y entendida en distintos sentidos, sea por razones prácticas, conceptuales e ideológicas. Así, por ejemplo, mientras en los países europeos, el multiculturalismo hace referencia a los grupos y flujos de migrantes. En el continente americano el multiculturalismo es omnicomprendivo tanto de grupos étnicos (migración) como de grupos o minorías etnonacionales, abarcando en consecuencia aquellas políticas y derechos

⁵²² Berry, D. (2020). *Canadian Multiculturalism Act*. The Canadian encyclopedia. <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/canadian-multiculturalism-act>

⁵²³ Berry, D. (2020). Op. Cit.

colectivos orientadas a la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas. En este trabajo seguirá la definición propuesta por Will Kymlicka en su obra seminal *“Multicultural Odyssey”*, donde el autor define el multiculturalismo como:

*“Una amplia gama de políticas designadas para proveer un nivel de reconocimiento público, apoyo y acomodación para grupos étnicos y etno-nacionales, no dominantes. Sean estos, nuevas minorías. (vg. Inmigrantes y/o refugiados) en cuyo caso hablamos de polietnicidad; o bien antiguas minorías, es decir grupos etno nacionales, cuya presencia dentro del Estado se debe a una incorporación no voluntaria o a la preexistencia desde tiempos previos a la conquista y colonización, en cuyo caso nos referimos a la multinacionalidad (vg. grupos étnicos anexados mediante conquistas o primeras naciones indígenas). Con todo, lo que estas políticas – del multiculturalismo- tienen en común es que van más allá de la protección de los derechos civiles y políticos básicos garantizados a los individuos. Haciéndose extensivas al reconocimiento de derechos políticos y culturales de carácter colectivo como a asimismo políticas de apoyo formulados desde el estado con la finalidad de mantener y respetar las distintas identidades y prácticas culturales existentes dentro de un mismo territorio ”.*⁵²⁴

Dicho lo anterior el multiculturalismo, está conformado por un amplio espectro de políticas de acomodación de la diversidad mediante el reconocimiento de derechos diferenciados en función del grupo y mecanismos procedimentales de distribución del poder político que materialicen el reconocimiento de derechos colectivos mediante el establecimiento de mecanismos institucionales. En este sentido, siguiendo a Fernando Arlettaz en su concepción sobre las políticas de la diferencia, expresa:

*“[En ellas] Se propone como destinatarios de las políticas diferenciadas a las minorías nacionales, los pueblos indígenas y los grupos étnicos. En los dos primeros casos cabe hablar de una sociedad multicultural multinacional; en el último, de sociedad multicultural poliétnica.”*⁵²⁵

⁵²⁴ Kymlicka, W. (2007). Op. cit.

⁵²⁵ Kymlicka, W. (1991). *Liberalismo, Community and Culture*. Oxford, Clarendon Press, como se cita en Arlettaz, F. (2014). Dos modelos frente a la diversidad cultural: igualitarismo formal y ciudadanía

La diferencia entre multiculturalismo multinacional y multiculturalismo poli étnico radica en el carácter no elegido de la pertenencia a una minoría nacional o a un pueblo indígena -constitutivos de una sociedad multinacional-, mientras que el cambio del lugar de residencia originado en la migración constitutivo de una sociedad poliétnica sí es, al menos teóricamente, resultado de una elección personal. El liberalismo de Kymlicka tiene en cuenta la diferencia entre voluntariedad y no voluntariedad, porque la protección de las minorías nacionales y de los grupos indígenas es más densa que la de los inmigrantes.⁵²⁶ En efecto las políticas del multiculturalismo se pueden definir desde una doble perspectiva:

Por una parte, “*freedom within groups and equality between groups*”, es decir libertades dentro del grupo e igualdades entre grupos.⁵²⁷ Esto quiere decir que, en ninguna circunstancia pueden tolerarse lo que Kymlicka denomina las restricciones internas, mientras que como contrapartida el Estado debe resguardar las denominadas protecciones externas, esto es aquellas que protegen a los grupos minoritarios frente al conjunto de la sociedad están justificadas en tanto tienden a garantizar la igualdad intergrupal, pero nunca pueden ser argumento para legitimar la opresión de un grupo sobre otro.

Por otro lado, el multiculturalismo requiere de “*institutional procedures*” o procedimientos institucionales. Esto es que no se agota en el reconocimiento de derechos colectivos diferenciados, implica adicionalmente la materialización de mecanismos institucionales que canalizan la diferencia de manera democrática, ello redundando en la formulación de procesos de descentralización y distribución democrática del poder desde el centro a la periferia o dicho de otro modo desde el Estado central a unidades subnacionales. De ahí que se considere un modelo complejo no exclusivamente sustantivo sino también procedimental de distribución y reconocimiento de derechos y poder político. Mediante las políticas del multiculturalismo se busca una administración institucional de las diferencias mediante el reconocimiento de derechos colectivos en función del grupo de distinta

diferenciada. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 59(221), 201-2023. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182014000200009&lng=es&tlng=es

⁵²⁶ Arlettaz, F. (2013). Op. Cit.

⁵²⁷ Kymlicka, W. (1991). Op. Cit.

naturaleza según se trate de migrantes (derechos culturales) o grupos etnonacionales (derechos políticos) y mecanismos institucionales de distribución del poder.

Un amplio número de recientes declaraciones y convenciones adoptadas por organismos internacionales de Derechos Humanos promueven el multiculturalismo – sin denominarlo de esa manera— sosteniendo o reafirmando el principio de no discriminación, estableciendo políticas diferenciadas que estimulan y proveen protección y promoción a la diversidad etno cultural. Estos tipos de reconocimientos de derechos, consagrados en los instrumentos internacionales califican dentro de lo que entiende por multiculturalismo. Toda vez que, se trata de derechos colectivos en función del grupo. Asimismo, el concepto de multiculturalismo, propiamente tal, es escasamente mencionado en los organismos internacionales y en los instrumentos sobre DDHH, independiente de ello el uso de conceptos como protección y promoción de la diversidad cultural, las lenguas, la salud, el deber de reconocer, acomodar, promover, fortalecer y empoderar a los pueblos indígenas, son ejemplos de multiculturalismo.

5.2. El multiculturalismo y sus críticas: el liberalismo de viejo cuño, el relativismo cultural y las teorías de descolonización.

A pesar de su rápida expansión en el ámbito internacional y su aceptación por parte de los estados. La idea de multiculturalismo sigue siendo resistida en distintos gobiernos, movimientos indígenas, sectores intelectuales de diverso domicilio y sectores académicos. En la oposición a estas políticas, es posible identificar posturas ideológicas, académicas y políticas entre ellas destacan el liberalismo procesal y el relativismo cultural en sus distintas versiones.

5.2.1.- El liberalismo procesal.

Esta postura ha sido extensamente desarrollada en este capítulo, haciendo referencia a que aún mantiene defensores fieles que siguen sosteniendo la idea del reconocimiento a derechos diferenciados entraña la configuración de grupos privilegiados que atentan contra la idea de igualdad establecida en la constitución. Como fue consignado más arriba el

liberalismo clásico de carácter procedimental se basa en una interpretación estricta del principio de la libertad y de la igualdad, desconociendo relevancia de lo colectivo para centrar su reflexión en el individuo como sujeto moral único y exclusivo, despreciando todo valor a la idea de comunidad.

5.2.2.- El relativismo cultural y sus versiones posmodernas: la interculturalidad y plurinacionalidad.

Junto con el liberalismo clásico, el multiculturalismo encuentra su oposición en aquellas corrientes ideológicas que impugnan la idea kantiana de universalidad de los derechos humanos. Lo que en términos generales se entiende como relativismo cultural. Como dijimos más arriba en este trabajo, el relativismo en su idea central sostiene que no existen conductas buenas ni malas en sí mismas. Ellas dependen del contexto cultural en el que se desenvuelven o desarrollen. Al decir del filósofo Carlos Peña el relativismo nos provee una seductora, pero peligrosa que sostiene:

*“Que los seres humanos nos movemos inevitablemente en un horizonte plagado de historicidad que determina nuestras opiniones en relevantes cuestiones de moralidad. Para el relativismo cultural no es posible afirmar que una acción sea inmoral en absoluto. Pretenderlo es una forma de etnocentrismo que olvide que nuestras convicciones expresan nada más un punto de vista, entre varios otros, plagados de historicidad”*⁵²⁸

El relativismo contraviene la pretensión de una moral universal Kantiana. Es decir, contraviene la noción de que tanto hombres y mujeres tienen la posibilidad de juzgar nuestros propios actos y los de los demás conforme a principios que valen para todo ser racional independientemente de su lugar, tiempo y cultura.⁵²⁹

En sus múltiples versiones el relativismo sean estas más antiguas o modernas e incluso en las versiones recientes estilo *vintage*. Del sustrato de esta oposición se desprende la tensión a la idea de universalidad de los derechos humanos. Entendiendo que todo actuar

⁵²⁸ Peña, C. (1998). Op. Cit.

⁵²⁹ Ibidem.

o derecho se encuentra sujeto y no tiene sentido sin el contexto cultural. En nuestro continente las encontramos en sus diversas intensidades y en coexistencia con el multiculturalismo.

La teoría del multiculturalismo sostiene una postura encontrada con otras nociones como la interculturalidad e indigenismo. Estas ideas predominaron hasta los años noventa y provienen de tradiciones filosóficas distintas del liberalismo. Con un origen profundamente latinoamericanista, inspirado en concepciones paternalistas – enraizadas en concepciones católicas- donde el Estado debía asumir una postura de valoración a las culturas indígenas por tratarse de grupos destinados a desaparecer producto del mestizaje y la modernidad. En gran medida estas políticas se inspiran en lo que Charles Taylor denomina el falso reconocimiento o reconocimiento incompleto.⁵³⁰ La teoría de la interculturalidad es entendida como:

“Una intención directa de promover el diálogo y el acercamiento entre culturas. En su versión latinoamericana, el interculturalismo plantea justamente. una crítica a la concepción del otro implícita en el enfoque multicultural que propugna por ir más allá de sus horizontes normativos, la tolerancia y la coexistencia, para construir el respeto, la convivencia, el diálogo y el aprendizaje mutuo entre culturas”

⁵³¹.

Con todo, la fuerza de estas ideas, especialmente la interculturalidad, inspiró gran parte de las reformas constitucionales que en la década de los noventa se materializaron en la mayoría de las constituciones latinoamericanas.

Finalmente, dentro de sus más fervientes antagonistas, los seguidores del pensamiento decolonial. Si bien ambas corrientes, tanto multiculturalismo como plurinacionalidad son mecanismos de acomodación de la diversidad. El sustrato ideológico de ambos conceptos es completamente distinto, mientras el multiculturalismo tiene su origen en una relectura del liberalismo incorporando vertientes comunitarias e igualitarias. La plurinacionalidad nace como una reflexión teórica desde corrientes neo marxistas vinculadas al pensamiento decolonial. Esta teoría se expresa constitucionalmente en la primera década

⁵³⁰ Taylor, C. (2009). Op cit.

⁵³¹ Mascareño, A. (2022). Op. Cit.

de los 2000 con las dictaciones de las cartas fundamentales de Ecuador y luego de Bolivia durante el gobierno de Rafael Correa y Evo Morales respectivamente.

Ellas se expresan en conceptos como plurinacionalidad, deconstrucción, indianización y recientemente el de constitucionalismo indígena al que ya ha sido referido. Dentro de sus principales exponentes encontramos al expresidente boliviano Álvaro García Linera, Walter Mignolo, Aníbal Quijano y Boaventura de Souza entre otros. Esta versión se ha materializado constitucionalmente en los textos de Ecuador, Venezuela y Bolivia, dando origen a la denominación de “*constitucionalismo andino*”⁵³². Este se basa en las premisas de la deconstrucción y articula sus conceptos constitucionales desde la plurinacionalidad, autodeterminación, las lenguas indígenas como oficiales, el reconocimiento al buen vivir como fin del Estado y la incorporación de la cosmovisión indígena como elementos centrales del Estado.

La teoría del pensamiento decolonial, es heredera del marxismo con rostro latinoamericano. Para su reacomodo de cara a la posmodernidad toma elementos propios de la teoría postcolonial articulando el pensamiento de Franz Fanon, Jacques Derrida, Michael Foucault - entre otros- la escuela India y el pensamiento subalterno, cuyas ideas fueron tomadas por intelectuales latinoamericanos como Mignolo y Quijano que la adaptaron a la realidad latinoamericana.⁵³³

La teoría decolonial reivindica el pensamiento subalterno y sus epistemologías, promoviendo la deconstrucción del pensamiento occidental como heredero y continuador de la colonización imperial. Siendo su argumento central que los procesos de colonización europea sufridos por Latinoamérica no solo implican la dominación política y económica de los territorios coloniales, la extinción de pueblos indígenas, – la herida colonial— sino que adicionalmente significó la imposición de una epistemología europea de la cual es necesario deconstruir.⁵³⁴ Descolonizar significa en este contexto, invertir las condiciones del juego para así obtener un triple resultado: a) develar la modernidad como un particularismo local que se expande a costa de la violencia material y epistémica; b) redescubrir las visiones de mundo

⁵³² Fajardo, L. (2017). Op. Cit

⁵³³ Ibidem.

⁵³⁴ Ibidem.

que el avance moderno excluye; y c) recomponer la organización sociopolítica global en un escenario trans moderno que arranque desde una comprensión no jerárquica “del otro”, ya sea se trate de entidades humanas, físicas o naturales. En este sentido el pensamiento decolonial declara que:

*“La colonización americana significó una dominación epistémica. Que estableció la superioridad a la cosmovisión europea moderna respecto al resto del mundo. Según la teoría decolonial, descolonizar implica el develamiento de la dominación europea en distintos planos y el rescate de las múltiples cosmovisiones. Que quedaron silenciadas por la jerarquía colonial establecida por la racionalidad occidental y moderna.”*⁵³⁵.

Según esta concepción el proceso de imposición y colonización europea sobre el pensamiento y la cosmovisión de los pueblos originarios fue fundamental a la hora de instalar las bases de los estados nacionales y también fue el origen y sustrato del sistema capitalista que comenzaba su expansión en el mundo en el siglo XIX.

*“El marco conceptual, ontológico y epistemológico que se impone se funda en la separación de la humanidad y la naturaleza, imposibilitando la visión de los pueblos originarios, en la que tal dualidad no es cierta, y que, al contrario, plantea que somos parte integral del ciclo de la vida, y esta interconexión es requisito preliminar para alcanzar un estado de plenitud, tanto material como espiritual”*⁵³⁶.

En definitiva, la teoría decolonial sostiene la necesidad de deconstruir y desarticular los presupuestos epistémicos de la modernidad, interpelando principios como la libertad, igualdad y universalismo de los derechos humanos. Para, de este modo, una vez deconstruidos dejar fluir los saberes ancestrales, las prácticas y tradiciones comunales indígenas, el buen vivir y los derechos de la *Pachamama*.⁵³⁷

En esa línea la plurinacionalidad implica el abandono de las premisas de conocimiento e institucionales de un orden social moderno para dar paso a la voz de las

⁵³⁵ Ibidem.

⁵³⁶ Ibidem.

⁵³⁷ Mascareño, A. (2022). Op cit.

subalternidades y la pluridiversidad. Donde aflore lo indígena con sus conocimientos y epistemología que fuera silenciada con violencia producto de la colonización europea. Aquí adquiere relevancia conceptos como indianización y refundación del Estado. En efecto, hay que deconstruir el poder para refundar un Estado *indianizado*⁵³⁸, para ello es necesario recuperar las epistemologías indígenas y sacudirse del pensamiento colonial europeo hegemónico.

En Chile las ideas decoloniales se encuentran ruidosamente presente entre nosotros y es posible evidenciar en discusiones académicas con una sorprendente presencia y aceptación, pero también se encuentran en las discusiones llevadas a cabo durante el proceso constituyente chileno de 2019-2022 y en sectores mayoritarios de la intelectualidad indígena chilena. Entre las expresiones propias del pensamiento decolonial encontramos la noción de plurinacionalidad e indianización del Estado. Subyace también a esta oposición una postura más bien política que entiende que el multiculturalismo es una dimensión más de la globalización económica. Como, asimismo, la imposición de valores y paradigmas propios de occidente, que no se condice con las culturas y tradiciones no occidentales como son la cosmovisión indígena, el mundo islámico o el colectivismo oriental. En definitiva, no es sino un imperialismo de nuevo cuño. En Latinoamérica la adopción del multiculturalismo como un modelo de acomodación institucional de los pueblos o naciones indígenas constituye un fenómeno reciente. Extendiéndose a partir de reflexiones académicas en la década de los noventa.

6.- Conclusión del capítulo.

A lo largo de este capítulo se han revisado los aspectos centrales de la acomodación de los grupos étnicos y etnonacionales en los estados diversos. Nos referimos a los modelos de acomodación haciendo énfasis en el multiculturalismo y sus sustentos teóricos, implicaciones constitucionales e institucionales. En esta descripción articulamos los conceptos cardinales de la teoría multicultural, a partir de una relectura del principio de igualdad, relevando el tránsito desde un constitucionalismo de la igualdad hacia uno de la

⁵³⁸ Ibidem.

diferencia basado en la idea de “no sometimiento”. Abordamos la identidad, sus clivajes, la cultura y los modelos de relación entre grupos etnonacionales. También articulamos un andamiaje constitucional a partir de la teoría del multiculturalismo, los derechos colectivos y la política del reconocimiento. Planteamos modelos distintos desde el integracionismo, asimilación y homogeneidad cultural. Centrándonos en la valoración de la identidad y los modelos de acomodación en torno a la administración de esta. Como, asimismo, planteamos una mirada crítica sobre los discursos que promueven la violencia y las identidades excluyentes. Las ideas de pensadores, como Rawls y Dworkin subrayan la importancia de corregir desigualdades fortuitas producto del sorteo de hechos moralmente azarosos mediante el reconocimiento, mientras que Taylor, Kymlicka y MacIntyre relevan la importancia de la comunidad en la definición de horizontes vitales.

Por último, para cerrar este capítulo resulta indispensable al menos enunciar y contornear aquellos derechos colectivos que deben considerarse como un mínimo común a incorporarse en el texto constitucional como un modo democrático de acomodación de las diferencias etno culturales desde el multiculturalismo, el cual constituye el modelo apropiado de relación para la sociedad chilena.

Para finalizar, solo resta concluir que el perjuicio que genera la falta de reconocimiento es tan profundo y moralmente arbitrario como las desigualdades raciales, de origen, color o de clase que el liberalismo tanto critica.

CAPÍTULO IV.

HACIA UN MODELO DE ACOMODACIÓN INSTITUCIONAL Y CONSTITUCIONAL DE LA DIVERSIDAD ETNONACIONAL.

1.- Introducción.

Los desafíos que plantea la articulación de una relación simétrica entre los pueblos o naciones indígenas – en nuestro caso el pueblo mapuche- y el Estado, es una preocupación central para la convivencia democrática. Una adecuada administración de las tensiones etnonacionales requiere de derechos, reglas y procedimientos establecidos a partir de acuerdos institucionales y constitucionales representativos. Es decir, la administración de las diferencias requiere una adecuada distribución del poder político en normas fundamentales, reconocimiento de derechos colectivos de carácter políticos, territoriales, culturales, además de un conjunto de mecanismos institucionales que permitan canalizar democráticamente las tensiones que la diversidad étnica y nacional produce.

En el presente capítulo se busca explorar un modelo de acomodación de la diferencia apropiado para la relación estado chileno y pueblo mapuche. Para ello se abordará la definición de derechos colectivos de los pueblos indígenas desde una perspectiva del constitucionalismo y la teoría de los DDHH. Luego, identificamos aquellos derechos colectivos reconocidos en función de la pertenencia al grupo, en especial, los reconocidos para los pueblos y naciones indígena en instrumentos internacionales y constitucionalismo comparado. Para determinar su alcance, será analizada su adopción en modelos de acomodación como el canadiense y colombiano para finalmente volver a Chile para relevar tres hitos políticos que plantearon profundas modificaciones normativas e institucionales en materia de pueblos indígenas, incluyendo entre ellas el fracasado proyecto de la convención constitucional que fuera rechazado en septiembre del año 2022.

El momento constitucional chileno aún inconcluso, se ha caracterizado por una exacerbación de la fase política- agonial, su intensidad ha reabierto el debate sobre el reconocimiento y la densidad de los derechos indígenas como una forma de acomodación a las tensiones étnicas. La instalación del debate ha reavivado la polarización entre sectores

que instan a favor de un reconocimiento constitucional de los derechos de pueblos indígenas y aquellas posturas más conservadoras que se atrincheran, una vez más, en las ideas de unidad nacional, derechos individuales e igualdad formal.

Con todo, el reconocimiento de derechos colectivos en función del grupo no constituye novedad alguna en derecho internacional y comparado. Desde la década de los 70's las instancias internacionales comienzan a discutir la necesidad de incorporación de derechos colectivos a grupos etnonacionales. Un sinnúmero de textos e instrumentos internacionales y comparados ha incorporado derechos colectivos en su articulado.

Los órganos jurisdiccionales de los distintos sistemas de protección de derechos humanos y las reflexiones de la doctrina han permitido contornear sus bordes, límites y contenido. La recepción de estos derechos en el constitucionalismo comparado demuestra el grado de aceptación y consenso que ellos generan. El camino de reconocimiento de los derechos indígenas ha sido largo y extenso lleno de resistencias y retrocesos. Los estados, sectores políticos internos y gran parte de la doctrina constitucional han manifestado su incomodidad y cuando no su franca oposición a la incorporación de derechos de esta naturaleza. Ello se debe al innegable alcance político que las demandas de indígenas tienen para el derecho internacional. El temor a la autodeterminación, secesión o el despertar de ideas soberanistas desatan rápidamente el atrincheramiento en posturas polarizadas que dificultan toda discusión sobre estos derechos. Sobre estos elementos se discutirá en los acápites que siguen.

2.- Derechos colectivos y pueblos indígenas: sistemas de protección de los DDHH y recepción constitucional.

Durante las últimas cuatro décadas, tanto en el derecho internacional, como en el constitucionalismo comparado, ha existido una progresiva aceptación de los derechos colectivos en función de la pertenencia grupal. Estas instancias han relevado un cambio de enfoque desde una mirada centrada en los derechos individuales hacia otra centrada en la valoración de los derechos colectivos o derechos reconocidos en función de la pertenencia grupal.

Este tránsito constituye un paso importante y a la vez controvertido, en la lucha por la vigencia de los derechos humanos. En efecto, su aceptación implica el reconocimiento de sujetos de derecho distintos a los estados y a las personas individuales, para extender dicha condición a los grupos o minorías etnonacionales. Desde la década de los ochenta gradualmente estos se han incorporado en instrumentos internacionales de derechos humanos y en textos constitucionales comparados principalmente a lo largo del continente americano. En lo siguiente se explorará la evolución de ambas líneas: primero desde la perspectiva de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos tanto universales como regionales, para luego abordar dicha evolución desde la perspectiva del constitucionalismo comparado.⁵³⁹

Se hace presente que ambas realidades, derecho internacional y derecho comparado, se encuentran mutuamente influenciadas. Pero también es necesario relevar que este proceso de irradiación también ha sido “*top down to bottom up*”.⁵⁴⁰ /⁵⁴¹ Ello significa que la influencia en esta aceptación y reconocimiento fue altamente permeada por la movilización indígena. Las organizaciones indígenas centraron sus esfuerzos en las instancias internacionales de derechos humanos logrando visibilizar sus condiciones de marginación, discriminación y demandar articuladamente un reconocimiento de derechos mediante la presión en sus respectivos estados y en foros internacionales.

2.1.- Derechos colectivos en los sistemas de protección internacional de los DDHH.

Desde su creación en 1948 La Organización de Naciones Unidas - en adelante la ONU. o UN.- y sus diferentes órganos relacionados han instado a la comunidad internacional a reconocer y adoptar estándares basados en el respeto a derechos fundamentales que emanan

⁵³⁹ Principalmente la ONU y sus organismos relacionados como los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

⁵⁴⁰ Hace referencia a un proceso bidireccional, no solo desde arriba hacia abajo sino también desde abajo hacia arriba. Es decir, no se trata de concesiones graciosas provenientes desde organismos internacionales o estados, sino que han sido instaladas también por organizaciones indígenas de base.

⁵⁴¹ Se utiliza esta expresión a fin de referir que se trata de un proceso no unidireccional de arriba hacia abajo, sino también a la inversa es decir que ambos planos se influyen mutuamente.

de la naturaleza humana. La promoción, protección y respeto de los derechos humanos es uno de los objetivos basales de la organización de la ONU.

En su inicio y con la adopción de la Carta de Naciones Unidas en 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos, la articulación del sistema de protección se ha concentrado en los derechos fundamentales individuales. Así lo demuestran los primeros instrumentos de protección que pusieron énfasis en la protección de derechos civiles y políticos.

Sin embargo, el reconocimiento al derecho de las minorías abrió paso al reconocimiento de los derechos colectivos en función del grupo. La protección a las minorías fue objeto de particular atención luego de la segunda guerra mundial. En efecto, sus primeros antecedentes modernos se encuentran en el nacimiento del sistema de protección universal y la aprobación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.⁵⁴²

Esta preocupación se expresa en la adopción de los tratados internacionales más emblemáticos de derechos humanos como son el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 -en adelante PIDCP-⁵⁴³; y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales del mismo año -en adelante PIDESC-.⁵⁴⁴ Ambos pactos comienzan reconociendo en su artículo 1º el derecho colectivo a la Autodeterminación de los Pueblos. Sin embargo, el PIDCP va un paso más allá al introducir un hito inicial para la consolidación de los derechos de las minorías al incorporar el derecho a ejercer colectivamente ciertas prácticas culturales y religiosas. En efecto, en su artículo 27 el PIDCP establece lo siguiente:

*“En los Estados en que existan minorías étnicas religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”*⁵⁴⁵.

⁵⁴² Unión Europea. (1948). *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*. <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc5b3a.html>

⁵⁴³ Asamblea General Organización de Naciones Unidas. (1966). Op. Cit.

⁵⁴⁴ Ibidem.

⁵⁴⁵ Ibidem.

Si bien esta norma internacional mantiene como titulares de derechos a los individuos, establece el derecho al ejercicio colectivo de ciertas prácticas culturales estableciendo mecanismos diferenciados para ello. Este hito constituye un paso trascendental en la consolidación de los derechos colectivos pues incorpora la existencia de grupos diferenciados del resto de la sociedad con características culturales propias, y en segundo lugar señala que esas personas ejercen derechos en común con los demás miembros del colectivo, relevando el ejercicio colectivo de dichas prácticas étnicas y culturales.⁵⁴⁶

En efecto, paulatinamente las Naciones Unidas y sus órganos fueron reconociendo la importancia de establecer protecciones especiales para grupos en situaciones de especial vulnerabilidad o sometimiento. En dichos casos el reconocimiento a los derechos colectivos resultaba indispensable para la subsistencia misma y para el ejercicio de los derechos individuales básicos de sus miembros. Esta evolución fue paulatinamente materializándose en el seno de las ONU y su sistema de órganos relacionados, que incorporan en sus instrumentos normas específicas sobre protección a grupos étnicos y de minorías etnonacionales. Esta discusión irradiaba a todos los órganos del sistema de ONU, como la Organización Internacional del Trabajo. Su intensidad alcanzó también los Sistemas Internacionales de Protección de DDHH, universal y regionales. Particularmente receptivo se mostró el Sistema Interamericano de DDHH -en adelante SIDH-.

El salto cualitativo que distancia las reivindicaciones indígenas del derecho de las minorías -como son las minorías lingüísticas, religiosas, migrantes, comunidades homosexuales - LGTB.- se produce en la década de los ochenta como consecuencia de un proceso de desarrollo conceptual cuyos hitos son perfectamente distinguibles.⁵⁴⁷ El primer gran hito fue la creación y trabajo de *“La Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Defensa de los Derechos de las Minorías”*.⁵⁴⁸ Organismo dependiente

⁵⁴⁶ Prado, M. (2003). La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento. Colección de Investigaciones Jurídicas, 3.

⁵⁴⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2006). Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Informe del 85º periodo de sesiones. <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/subcom/index.htm>

⁵⁴⁸ La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las minorías fue creada en 1946 por resolución y reemplazada en 1996 por La Subcomisión de Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Entre sus principales funciones se encontraban: realizar estudios sobre cuestiones de derechos humanos, formular recomendaciones relativas a la prevención de cualquier tipo de

de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. En cuyo seno da nacimiento al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas -en adelante GTPI- en 1982.⁵⁴⁹ Este órgano nace como una instancia subsidiaria de la subcomisión e hizo las veces de ágora para el debate y vitrina para los pueblos indígenas ante el sistema de Naciones Unidas.

El GTPI. se transformó en la principal instancia internacional que permitió compartir las experiencias, sufrimientos y preocupaciones hacia la comunidad internacional. Estos avances culminan en el presente siglo con el establecimiento del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (2000); la creación en 2001 del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas -que después pasará a denominarse Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas- y por último la creación del mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas en 2007.⁵⁵⁰ En relación a la relatoría su trabajo ha destacado a través de sus informes temáticos, que han permitido constatar la situación de rezago que los indígenas aún mantienen en comparación con la población no indígena.⁵⁵¹ El tránsito jurídico desde el reconocimiento de poblaciones hacia Pueblos Indígenas, fue finalmente adoptado por la UN. y luego por los sistemas de protección regional como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁵⁵²

discriminación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales, y la protección de las minorías raciales, nacionales, religiosas y lingüísticas, y llevar a cabo toda otra función que se le pueda encomendar. La subcomisión también recibía informes de grupos de trabajo, por ejemplo, informe sobre las formas contemporáneas de la esclavitud. Como asimismo la revisión de informes que fueran elaborados por los denominados relatores especiales temáticos.

⁵⁴⁹ Naciones Unidas. (2009). Directrices sobre cuestiones relativas a los pueblos indígenas. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/UNDG_guidelines_ES.pdf

⁵⁵⁰ Sus funciones eran la emisión de recomendaciones que debían ser aprobadas por la subcomisión luego por el Comité de Derechos Humanos para terminar en el Consejo Económico Social. El grupo sobre poblaciones indígenas fue reemplazado por dos instancias diferentes: primero el grupo de expertos y luego el foro permanente sobre asuntos indígenas también dependientes del ECOSOC.

⁵⁵¹ Relatores especiales son expertos independientes en materias específicas nombrados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Las funciones de un relator especial quedan definidas en su mandato quienes cumplen su función a título personal. El Relator de Naciones para Pueblos Indígenas fue creado el año 2001 siendo el primer relator designado el Dr. Rodolfo Staveneng. Organización de Estados Americanos. (2016). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
<https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

⁵⁵² Así en 1992 la Asamblea General de las Naciones Unidas por primera vez aprobó un importante documento con relación a las minorías: Declaración sobre los Derechos de Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

La consolidación y positivización de estos derechos se producirá con ocasión de la dictación del convenio 169 de la OIT , que finalmente establece como sujeto de derechos a los pueblos Indígenas y tribales, reconociéndose derechos colectivos, entre ellos la autodeterminación en versión autogobierno al interior del Estado nacional.

Si bien hasta ahora se ha abordado profusamente al convenio, huelga recordar que es el primer y único instrumento internacional de carácter vinculante que hace referencia a los pueblos indígenas y tribales y fija estándares sobre protección y derechos, reconociendo la autodeterminación indígena, restringiendo a una autonomía dentro del Estado.⁵⁵³ En efecto, hasta ahora el Convenio de la OIT. constituye por una parte el piso, pero también el techo de los derechos indígenas a nivel internacional.

En igual sentido, otro hito que vale mencionar es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007 (DNUDPI).⁵⁵⁴ Instrumento de *soft law* que fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en virtud de resolución N.º 61/296 adoptada en la 107ava. sesión plenaria de 13 de septiembre de 2007. Este instrumento a diferencia del C.169 incorpora el reconocimiento al carácter de pueblos sin ninguna limitación y reconoce expresamente el derecho a la autodeterminación en todas las dimensiones. Así el artículo 1º reconoce que los Pueblos Indígenas tienen derecho al disfrute pleno y efectivo de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales reconocidos por la carta de la UN y la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el derecho internacional, mientras que el artículo 3º reconoce expresamente que los Pueblos Indígenas gozan el derecho a la libre determinación sin limitación alguna.⁵⁵⁵

En paralelo se hace necesario relevar el progreso en el reconocimiento de derechos indígenas que se evidencia en el Sistema Interamericano de DDHH el cual mediante sus dos

⁵⁵³ En este sentido, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 entrega los elementos jurídicos básicos para la consolidación de los derechos de las minorías estableciendo en su artículo 27: “En los Estados en que existan minorías étnicas religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

⁵⁵⁴ Naciones Unidas. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Asamblea general de las naciones unidas.
https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

⁵⁵⁵ Sánchez, E. (1998). *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*. Universidad Nacional de Colombia, Unidad de Investigaciones Socio jurídicas, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

órganos, la Comisión Interamericana y Corte Interamericana de DDHH – La CIDH y Corte IDH respectivamente- ha incorporado avances de los derechos pueblos indígenas mediante la labor interpretativa y jurisprudencial de la Corte IDH o por elaboración de opiniones consultivas sobre derechos indígenas; por otro lado la CIDH ha incorporado la noción de derechos colectivos de los pueblos indígenas desde 1990 y paulatinamente ha consolidado una doctrina basada en su reconocimiento y promoción de estos derechos.⁵⁵⁶

Esta evolución se evidencia en múltiples acciones entre ellas la creación de la relatoría de derechos de los pueblos indígenas por parte de la CIDH en el año 1991.⁵⁵⁷ En relación a esta última dimensión, es necesario relevar que la jurisprudencia de los sistemas de protección de los derechos humanos han jugado un rol crucial para la determinación del contenido de los derechos indígenas incorporados en los instrumentos normativos. En lo que la región atañe especialmente relevante han resultado las sentencias de la Corte IDH. Muchos de sus fallos y jurisprudencia han jugado un papel crucial al incorporar en la interpretación de los derechos aspectos políticos, territoriales y culturales en los derechos indígenas. Siguiendo al profesor y constitucionalista chileno Felipe Paredes:

“La jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia es de una data relativamente reciente y, además, se caracteriza porque la Corte IDH ha debido emplear una dosis importante de creatividad en su desarrollo. A primera vista, la causa sería que los tratados fundacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) no contienen ninguna referencia expresa a los pueblos indígenas y tribales. Esto se explica por una razón histórica: cuando en 1969 se aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos

⁵⁵⁶ ibidem.

⁵⁵⁷ La Relatoría tiene como atribuciones la de promover el desarrollo del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos en materia de protección a los pueblos indígenas, y en especial, promover el avance y consolidación de la jurisprudencia del sistema sobre derechos de los pueblos indígenas. En este ámbito, busca facilitar el acceso de los pueblos indígenas al sistema interamericano. Para lo cual puede brindar apoyo en caso de peticiones individuales y solicitudes de medidas cautelares en las que se alegan presuntas violaciones de los derechos de los pueblos indígenas o sus miembros. Organización de Estados Americanos. (2023). Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp#:~:text=La%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos,de%20vulnerabilidad%2C%20as%C3%AD%20como%20de>

(CADH), no existía consenso sobre el reconocimiento de derechos humanos de grupos específicos, como excepción al principio de la titularidad universal.”⁵⁵⁸

En efecto, la Corte IDH ha relevado e interpretado de forma evolutiva los derechos indígenas según lo demuestran señeras sentencias como: Aloebotoe Vs Surinam de 1993, Awas Tigny Vs Nicaragua de 2001, Yakey Axa Vs Paraguay de 2006, Sarayaku vs Ecuador del 2011 y finalmente el caso Xucuru Vs. Brasil de 2018.⁵⁵⁹ En estos casos la Corte ha utilizado como elementos de interpretación no solo los instrumentos propios de la SIDH. Sino que ha recurrido a instrumentos fuera del sistema regional, como el convenio y la Declaración Universal de Los Derechos de Los Pueblos Indígenas para efectos de hacer una interpretación progresiva e interdependiente de los derechos humanos. La jurisprudencia desarrollada en estos fallos ha llevado a sostener que este proceso determinó la dictación de un nuevo instrumento de protección:

“El proceso de evolución culmina en junio de 2016, momento que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas’. Cuyo contenido va en un sentido similar a la declaración universal de 2007”⁵⁶⁰

Con todo, hasta ahora el Convenio 169 constituye el marco de referencia obligado de los derechos indígenas a nivel internacional. La normativa ha incorporado estándares fundamentales para la protección de los derechos indígenas sobre la base del reconocimiento de la autonomía dentro del Estado.

Este instrumento define su ámbito de aplicación expresando que se aplicará a *“Pueblos Indígenas y Pueblos Tribales en países independientes.”⁵⁶¹* Contemplando una definición de estos, meramente práctica, a partir de sus características socioculturales y

⁵⁵⁸ Paredes, F. (2020). Pueblos indígenas y tribales y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una mirada crítica. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. XXI. 167-196. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2021.21.15591>

⁵⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2023). Sentencias. https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm

⁵⁶⁰ Organización de Estados Americanos. (2016). Op. Cit.

⁵⁶¹ Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. [Convenio 169 de 1989]. Art. 1.

particularidades históricas, como son la preexistencia al Estado, sentido de territorialidad y la conservación de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Además, la naturaleza jurídica de los derechos consagrados en él y su carácter colectivo. Es decir, el ejercicio de los derechos sólo puede entenderse en función de la pertenencia grupal.

El ex relator de Naciones Unidas para los pueblos indígena Sr. James Anaya destaca que el convenio, ha superado la dicotomía del reconocimiento a derechos individuales de personas indígenas al reconocer derechos colectivos de los pueblos indígenas como tales.⁵⁶² El mérito de dicho instrumento, sostiene Anaya,

*“Consiste en la introducción de una innovación trascendental en el derecho internacional de los derechos humanos, cuál es la superación de la dicotomía individuos- estado.”*⁵⁶³

En efecto, el derecho internacional de los DDHH, hasta la aprobación del Convenio estaba completamente articulado en base al reconocimiento de derechos individuales y los derechos del Estado. El reconocimiento de derechos colectivos cuyos beneficiarios son los pueblos indígena, es decir comunidades de raigambre histórica más no individuos o Estados, constituye un elemento central que se corresponde con las reivindicaciones históricas de los dichas minorías etnonacionales. Por lo que este tratado consagra ya no derechos individuales, sino derechos que tienen como titulares a colectivos que han debido adaptarse y resignificarse para sobrevivir ante las múltiples formas de asimilación, violencia institucional y simbólica que los han sido sometido por los estados nacionales.

Esta lógica de derecho colectivos implica un cuestionamiento de algunos de los elementos claves de la soberanía estatal como son el reconocimiento a la autonomía, territorio y recursos naturales que constituyen elementos que la teoría clásica del Estado reconoce exclusivamente a las entidades estatales. Tal es la importancia e impacto del convenio, que su dictación estimuló la incorporación de gran parte de sus contenidos en los textos constitucionales de la región. Una segunda dimensión que igualmente tributa al giro hacia el reconocimiento de la diversidad en el derecho internacional y comparado, estriba en un

⁵⁶² James Anaya fue designado en 2008 por las Naciones Unidas Relator Especial para la situación de los derechos y libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas.

⁵⁶³ Anaya, J. (2004) *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford Univ. Press. 2d. ed.

renacer de la “*conciencia étnica indígena*” a lo largo del continente americano, cuestión largamente tratada en los capítulos anteriores. Frente a esta movilización étnica, los estados latinoamericanos han respondido acomodando la diversidad, mediante el reconocimiento de derechos colectivos. Así lo demuestra la evidencia empírica por ejemplo, en la reforma a la constitución canadiense de 1982, el nacimiento del proceso autonómico de la costa atlántica nicaragüense en la década de los ochenta, el reconocimiento a la autonomía indígena en la constitución colombiana en 1991, o la interpelación hacia el Estado mexicano que efectuará el Ejército Zapatista de Liberación Nacional – en adelante EZLN- en 1994 y que diera lugar a los acuerdos constitucionales de San Andrés en 2001. En igual sentido, resulta evidente en el movimiento indígena La Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador o CONAIE en Ecuador y su influencia en el proceso constituyente que desembocó en la constitución de 2008.⁵⁶⁴ de igual modo en el movimiento indígena boliviano conducido el ex presidente Evo Morales, que fuera probablemente es el más influyente de todos, debido a su trascendencia e irradiación en los movimientos indígenas latinoamericanos y su concreción en la primera constitución boliviana aprobada democráticamente en 2009, y donde se incorporan conceptos como la plurinacionalidad y autogobierno indígena.⁵⁶⁵

En efecto, todos estos ejemplos dan cuenta de un largo camino de encuentro y desencuentro entre pueblos indígenas y el Estado. Un camino de resistencia indígena, de

⁵⁶⁴ La Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador o CONAIE, es una organización indígena que agrupa a los diversos pueblos indígenas del país. Aglutina en su seno a las Nacionalidades, Pueblos, comunidades, Centros y Asociaciones indígenas del Ecuador. La CONAIE a menudo se cita como el movimiento indígena mejor organizado y más influyente de América Latina Formada en 1986. La CONAIE se estableció firmemente como una poderosa fuerza nacional cuando desempeñó un papel en la organización de un levantamiento rural a escala nacional. Miles de personas bloquearon carreteras, paralizaron el sistema de transporte y cerraron el país durante una semana mientras exigían educación bilingüe, reforma agraria y reconocimiento del Estado Plurinacional de Ecuador. Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador. (2023). Conaie.org. <https://conaie.org/>

⁵⁶⁵ El Movimiento Al Socialismo más conocido por sus siglas MAS, es un movimiento político de izquierdas, con un fuerte raigambre campesino e indígena. El MAS fue fundado por el dirigente campesino Evo Morales Ayma. Quien en 2005 se transformó en el primer presidente indígena de Bolivia. Durante el Gobierno de Morales, se convoca a una asamblea constituyente que resulta en la dictación de la constitución de 2009. La constitución de 2009 fue aprobada con el 61,43% de los votos y en su artículo 1 declara a Bolivia “...un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.” (Constitución boliviana de 2009). Vaca, M. (2019). Bolivia promulga nueva Constitución. *BBC Mundo*. http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7877000/7877041.stm

avances y retrocesos, pero también de apertura democrática. En este marco, el reconocimiento de derechos no constituye, bajo circunstancia alguna, una concesión graciosa “desde arriba”, muy por el contrario, se enmarca en una larga disputa de los pueblos indígenas por el reconocimiento de sus culturas y derechos dentro de sus propios estados, como en los organismos internacionales.⁵⁶⁶

2.2.- Acomodación constitucional en Latinoamérica.

El derecho comparado como instrumento de análisis permite establecer, a partir de criterios comunes, semejanzas y similitudes entre instituciones y normas jurídicas provenientes de ordenamientos jurídicos externos en relación con normas e instituciones de derecho interno a fin de contrastar, reflexionar e iluminar el funcionamiento de dichas normas e instituciones.⁵⁶⁷ Los esfuerzos de los estados americanos, por acomodar constitucionalmente la presencia de grupos etnonacionales dentro de sus territorios reconociendo en sus normas constitucionales derechos colectivos específicos como la autodeterminación, autogobierno, pluralismo jurídico, derechos territoriales, culturales y lingüísticos, han cambiado la fisonomía y los ecosistemas constitucionales de la región. Incluso - como vimos más atrás en este trabajo- hay quienes sostienen que nos encontramos ante la emergencia de un “*constitucionalismo indígena*”.⁵⁶⁸

Toda vez que la naturaleza de los derechos colectivos de los pueblos indígenas entraña un cambio paradigmático en la tradición jurídica constitucional latinoamericana. La incorporación de derechos colectivos políticos, territoriales y culturales fue tempranamente recogida por las constituciones latinoamericanas. En esta parte del continente la influencia del Convenio 169 fue y sigue siendo fundamental a la hora de definir los estándares del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, como asimismo la naturaleza y tipología de los derechos específicos que se incorporan al texto constitucional.

⁵⁶⁶ Bengoa. Op Cit.

⁵⁶⁷ Álvez, A. (2020). “La nueva constitución y los Pueblos Originarios: un proceso que logre inclusión, pluralismo e igualdad”. Apuntes de trabajo constituyente. CEP.
<https://www.plataformaconstitucionalcep.cl/monitor/la-nueva-constitucion-y-los-pueblos-originarios-un-proceso-que-logre-inclusion-pluralismo-e-igualdad/>

⁵⁶⁸ Borrows y Clavero se extienden en este concepto según lo vimos el capítulo III.

Dicha relevancia se evidencia tanto en las nuevas constituciones dictadas luego de su entrada en vigor en el año 1989-, como en las reformas a los textos constitucionales previamente existentes. Así por ejemplo su influencia se refleja en las reformas constitucionales de la constitución Argentina de 1994; del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009; Brasil en 1988; Colombia en 1991; Ecuador en 2008; México en 1992, y 2001; Nicaragua en 1987, 1995 y 2005; Perú en 2005 y Venezuela en la constitución de 1999. También se manifiesta en los distintos intentos de reforma constitucional presentados a la constitución chilena de 1980, todos estos fuertemente inspirados en el reconocimiento de derechos planteados por el Convenio 169.⁵⁶⁹

En sistemas constitucionales que mantienen su estructura liberal, los derechos en función de la pertenencia del grupo han llevado a replantear los paradigmas clásicos del constitucionalismo centrados en el principio de igualdad formal. En efecto, este cambio de paradigma significa el tránsito desde el principio de igualdad formal -no discriminación- hacia una igualdad sustantiva -no exclusión- de esta forma ha sido posible compatibilizar el una matriz constitucional liberal individualista con el reconocimiento de derechos especiales a grupos específicos y la noción de ciudadanía diferenciada.

3.- Reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas: autodeterminación, participación, territorios y derechos poliétnicos.

El reconocimiento de derechos colectivos en función del grupo en los textos constitucionales americanos varía en intensidad y densidad, y su incorporación está determinada por factores políticos, históricas, tradiciones y densidad poblacional estas características determinan la extensión de los derechos reconocidos.

Sostuvimos que cuando hablamos de derechos colectivos en función del grupo se hace referencia a aquellas potestades y atribuciones reconocidas y ejercidas a un grupo étnico o etnonacional a fin de garantizar el disfrute de bienes comunes o colectivos distintos pero complementarios a los derechos individuales, como son la autodeterminación, la propiedad de sus tierras, territorios, cultura etc. Estos derechos han sido paulatinamente incorporados a

⁵⁶⁹ CEPAL, (2014). *Los Pueblos Indígenas en América Latina*.

las legislaciones internas como una manera de administrar institucionalmente las tensiones étnicas.

Esta incorporación ha sido estimulada por el desarrollo en el ámbito internacional y por la movilización indígena. El rol de los organismos internacionales de derechos humanos tanto universales como regionales ha resultado fundamental en la definición de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Sea por la vía de la dictación de normas internacionales o bien mediante la definición jurisprudencial. se comenzará con el análisis de la naturaleza y contenido de los derechos indígenas, con el derecho más relevante reconocido a los pueblos indígenas.

El derecho a la autodeterminación constituye el centro y piedra angular de los derechos indígenas y a partir de él, nacen y se derivan los restantes, de ahí que su tratamiento sea primordial para entender el resto de los derechos colectivos, para luego intentar una conceptualización de derechos políticos y de representación, siguiendo con la delineación de los derechos territoriales y para cerrar se abordará la idea de derechos culturales en sentido amplio, también llamados derechos de la polietnicidad.

3.1.- Derecho a la autodeterminación y los pueblos indígenas.

La diversidad étnica y cultural es prevalente en las sociedades contemporáneas mayoritariamente los países albergan en su seno una multiplicidad de comunidades de culturas que coexisten en un mismo territorio.⁵⁷⁰ En consecuencia, mientras que la diversidad es un hecho irrefutable, la homogeneidad es la excepción. Durante largos periodos de la historia colonial y republicana los pueblos indígenas han sufrido tratos inhumanos, discriminatorios e intentos implacables por asimilarlos a las sociedades dominantes sin embargo los indígenas y sus culturas han resistido, persistido y perseverado. Su situación ha ido cambiando lentamente en la práctica. En este proceso el rol de los organismos de

⁵⁷⁰ Kymlicka, W. (2004). Op. Cit.

DDHH ha resultado fundamental el reconocimiento de derechos indígenas ha terminado por consagrarse en distintos instrumentos internacionales tanto de "*hard law*" y "*soft law*".⁵⁷¹

En efecto, para los indígenas el reconocimiento a su derecho a la libre determinación, al respeto de sus tradiciones y costumbres, culturas e idiomas, a participar en la adopción de decisiones sobre cuestiones que afecten a sus derechos sobre la tierra, a la mejora de su posición social y económica, o a mantener y desarrollar sus conocimientos tradicionales constituyen horizontes y aspiraciones fundamentales para los su subsistencia.⁵⁷²

3.1.1.- Hacia un concepto de autodeterminación.

El derecho a la autodeterminación es el primero y más fundamental de los derechos colectivos reconocidos a los pueblos en el concierto internacional. Desde los años setenta es reivindicado por los pueblos indígenas, quienes se consideran a sí mismos como titulares del derecho a la autodeterminación. Este proceso de reconocimiento – como sucede con todos los derechos indígenas- ha sido lento y complejo, y particularmente disputado por la comunidad internacional que históricamente reconoció este derecho sólo a los estados. Sin embargo, lentamente se ha extendido a los pueblos indígenas, especialmente a partir de las declaraciones universal de derechos indígenas de 2007 y recientemente la declaración americana de 2016. La autodeterminación, se encuentra reconocida en los más importantes instrumentos internacionales de Derechos Humanos como son el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ambos de 1966. Estos tratados constituyen un hito central en el reconocimiento de los DDHH y en sus artículos primero ambos instrumentos reconocen la autodeterminación como el primero y más relevante de los derechos fundamentales, señalando que:

⁵⁷¹ La distinción entre *hard law* y *soft law* – que latamente hemos consignado en este trabajo- constituye una elemento basal para el derecho internacional de los Derechos Humanos. Así hablamos de *hard law* cuando se trata de instrumentos internacionales multilaterales de carácter obligatorio para el Estado que los ha ratificado (*legally binding*), en dicho caso el incumplimiento de las normas del tratado genera o da origen a responsabilidad internacional. Por su parte las normas de *soft law* - por regla general - las declaraciones de derechos- son instrumentos de carácter declarativo, no obligatorias para los estados, ellas consagran orientaciones estándares morales y principios de interpretación, en definitiva, establecen ideales que la comunidad internacional reconoce como importantes.

⁵⁷² Szpak, A. (2018). Op cit., A. (2018). *El derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación: perspectiva del derecho internacional*. Universidad Nicolás Copérnico. 59. 178–204. DOI:1015804.

*“Todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación. En virtud de este derecho. Ellos. Libremente determinan su estatus político. Y libremente determinan. Su desarrollo económico, social y cultural”*⁵⁷³

El principio de la autodeterminación es también mencionado en el artículo 1º de la Carta de las Naciones Unidas y es reconocido a todas las naciones y pueblos, sin distinción alguna.⁵⁷⁴ Cabe destacar que el derecho a la autodeterminación se manifiesta en dos dimensiones, por un lado una dimensión externa y otra dimensión interna. La primera dice relación con el ejercicio de la soberanía frente a otros estados, mientras que la segunda dice relación con el ejercicio de la soberanía o autogobierno dentro de un Estado.

En términos históricos la autodeterminación tiene su origen en Europa a inicios del siglo XX y su evolución se encuentra relacionada con el principio de las nacionalidades, el cual fue fundamental durante el siglo XIX para la conformación de los Estados nacionales europeos. El principio de las nacionalidades, sostenía que cada nación étnica tiene derecho a un Estado propio, a este principio apelaron los movimientos nacionales italiano, alemán, polaco y griego, etc. entre otros. En otras palabras, el principio de las nacionalidades se basa en la voluntad de una comunidad nacional y quien proyecta la necesidad de conformar un Estado. Esta idea de la nacionalidad se fue abriendo paso a lo largo del siglo XIX dando origen y articulando una vertiente importante del nacionalismo europeo, como también fomentando la aparición de movimientos irredentistas previos a la primera guerra mundial. En efecto, desde comienzos del siglo XX, dicho principio de las nacionalidades fue desplazado por el derecho a la autodeterminación.⁵⁷⁵

Las bases históricas de la autodeterminación apuntan hacia una dimensión interna, ligada al nacimiento de la idea democrática y gobierno representativo. En sus orígenes la autodeterminación defendía el derecho de los ciudadanos a elegir un gobierno de modo que

⁵⁷³ Congreso Nacional. (1989). Art. 1. Promulga el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la asamblea general de la organización de las naciones unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969. [Decreto 326]. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=12382>

⁵⁷⁴ Szpak, A. (2018). Op. Cit.

⁵⁷⁵ De Blas Guerrero, A. (1994). A vueltas con el principio de las nacionalidades y el derecho de autodeterminación. UNED Madrid.

éste descansará sobre su consentimiento. Es decir, en la pretensión de que los individuos deben consentir o establecer contractualmente el gobierno que les manda, es así transmutada en el derecho natural de las naciones a determinar su propia estatalidad. El ideal kantiano de la autodeterminación individual, la defensa del autogobierno y la esperanza en el gobierno representativo, terminan constituyéndose en los materiales sobre los que descansa el derecho a la autodeterminación.

En definitiva, en simples palabras mientras el derecho de las nacionalidades ponía su acento en el derecho de cada nación étnica a formar en su territorio un Estado aparte, independiente y soberano; considerando la concepción de nación como sujeto de derecho. El principio de la autodeterminación hizo hincapié en los rasgos étnicos de la nación y su proyección en un Estado nacional propio.⁵⁷⁶ Finalmente y con el nacimiento de la ONU y en especial en el marco de los procesos de descolonización iniciados en la década de los cincuenta la autodeterminación se transformó en un principio basal de las relaciones en el derecho internacional.

Sin embargo, su interpretación está plagada de polémicas y controversias, particularmente en lo que se refiere al uso del principio como justificación de la secesión estatal y la fragmentación estatal.⁵⁷⁷ La mayoría de los autores revisados coinciden en que el derecho humano a la libre determinación, tal como se formula actualmente, es un derecho complejo que incluye al menos cuatro aspectos.⁵⁷⁸ En efecto, está compuesto por el derecho a la autoafirmación, a la autodefinición, auto delimitación y auto disposición.

En lo que sigue se intentará conceptualizar siguiendo la nomenclatura establecida por el profesor José Obieta, en su obra seminal *“El derecho a la autodeterminación de los pueblos un estudio interdisciplinar de los derechos humanos”*.⁵⁷⁹ quien conceptualiza estas dimensiones en de la siguiente forma:

⁵⁷⁶ Obieta, J. (1986). *El Derecho Humano a la Autodeterminación de los Pueblos*. Ed. Madrid. Civitas. p. 247.

⁵⁷⁷ De Blas Guerrero, A. (1994). Op. Cit.

⁵⁷⁸ Ibidem.

⁵⁷⁹ Ibidem.

a.- Derecho a la autoafirmación o autocalificación.⁵⁸⁰

Este derecho consiste esencialmente en la facultad que tiene un pueblo de declararse existente bajo dicho estatus, tanto en el contexto de un Estado determinado, como también fuera de él. Es decir, la autoafirmación corresponde a aquel momento donde el colectivo se reconoce a sí mismo como un grupo diferenciado por sus características históricas, culturales, religiosas, lingüísticas y territoriales. Desde dicho momento nace la obligación de su reconocimiento. Para que este derecho sea jurídicamente válido tiene que responder a una realidad sociológica objetiva, la etnia (es decir en cuanto sus características materiales) y la conciencia étnica (la conciencia de pertenecer a un grupo diferenciado y su deseo de permanecer en él). De lo contrario no podría producir frente a terceros los efectos jurídicos propios de todo derecho, como son entre otros, la obligación de los demás a reconocerlo y tratarlo como tal.

b.- Derecho a la autodefinición.

La autodefinición consiste en la capacidad del colectivo de determinar quiénes son los individuos que pertenecen a él. En términos sociológicos esta dimensión se denomina etnicidad, es el propio pueblo quien define quienes son los individuos que lo constituyen usualmente las fronteras de dicha etnicidad son porosas y flexibles, de ahí que el derecho internacional recoja como elemento central para la autoidentificación como elemento central de la autodefinición.

c.- Derecho de autodelimitación.

Este derecho implica la facultad de definir y delimitar el territorio en que este pueblo se asienta y que constituye la base material de su existencia. Este territorio puede ser real, simbólico e incluso histórico. A modo de ejemplo, y en relación con el pueblo mapuche, si bien se encuentran distribuidos principalmente en retazos en la zona central del cono sur de Latinoamérica, estos territorios parcelados son las provincias de las regiones de la Patagonia norte chilena y argentina. En la memoria y discurso político subsiste la noción de

⁵⁸⁰ Ibidem.

“*wallmapu*”, para referirse al país mapuche que comprende el Ngulumapu y el Puelmapu, es decir la tierra del este de la cordillera de los andes, que hoy corresponde a las regiones chilenas de La Araucanía y Los Lagos y la tierra del oeste de la cordillera que corresponde las provincias argentinas de Neuquén, Chubut, Rio Negro, y la Pampa.

d.- Derecho de autodisposición.

Esta dimensión implica que cada grupo humano constituido en sociedad debe estar dotado de un elemento formal que la identifique como tal; este elemento formal no es otro que lo que se suele llamar la autoridad o el poder político, en virtud de esta auto disposición el grupo es dirigido según sus fines propios. Todo pueblo debe necesariamente tener la capacidad de dirigirse a sí mismo y de tomar decisiones encaminadas a su bien propio. Esta capacidad consustancial e inalienable es lo que se llama autodisposición.⁵⁸¹ Esta capacidad tiene dos facetas según se mire: Por una parte, la organización al interior del pueblo y por otra, sus relaciones con el mundo exterior. En el primer caso hablamos de Auto disposición interna y en el segundo de Auto disposición externa. En efecto la autoadquisición interna consiste en la facultad que tiene la colectividad de darse el régimen de gobierno el colectivo libremente determine, el derecho de establecer su propio régimen político, incluyendo su sistema económico y social que convenga a sus intereses colectivos.⁵⁸² Por su parte la autodisposición externa consiste esencialmente en la facultad que tiene el pueblo de determinar por sí mismo, su estatus político y su futuro colectivo con relación a otros grupos políticos.⁵⁸³

Así, mientras en la autoadquisición interna, el pueblo definía su régimen político respecto de sus propios miembros, en la externa lo fija en relación con los demás pueblos y estados.

⁵⁸¹ López, F. (2000). *Autonomía y Derechos Indígenas en México*. Universidad de Deusto. p. 106.

⁵⁸² Obieta, J. (1986). Op. Cit.

⁵⁸³ Obieta, J. (1986). Op. Cit.

3.1.2.- Sujetos del derecho a la autodeterminación.

Según el derecho internacional son titulares del derecho a la autodeterminación Los Pueblos, así lo declaran los principales instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos como La Declaración, el PIDCP y PIDESC de 1966. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la ONU en 1948, establece en su artículo 1: *“Todos los pueblos tienen derecho de autodeterminación”*. Siendo el primer instrumento internacional en consagrarlo desde el nacimiento de la ONU⁵⁸⁴.

Es necesario hacer presente que a partir de este instrumento, todos los textos posteriores del Sistema de Naciones Unidas siguen el mismo principio. En este sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de ese mismo año, establecen en sus artículos primeros respectivamente este derecho; consagrándose de la siguiente forma:

*“Todos los pueblos tienen derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo.”*⁵⁸⁵

Esta formulación de autodeterminación presenta las siguientes características:

- No se refiere a las naciones como beneficiarias exclusivas de la autodeterminación, sino que a los pueblos.
- Establece la autodeterminación como un principio general.⁵⁸⁶

La autodeterminación se reconoce a todos los pueblos sin distinción, pero aquí radica su mayor inconveniente; pues la ausencia de una definición jurídica de la nación pueblo deja abierto a la interpretación y la argumentación política en torno al concepto. Con este argumento los Estados han pretendido restringir este derecho a las colonias en el contexto de los procesos de descolonización de los años sesenta, denegando su aplicación a

⁵⁸⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. (1976). Pacto Internacional Derechos Económicos Sociales y Culturales. Artículo 1. Disponibles en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-listings>

⁵⁸⁵ Ibidem.

⁵⁸⁶ De Blas Guerrero, A. (1994). Op. Cit.

los grupos nacionales o étnicos que se encuentran dentro de sus fronteras. Esta interpretación restrictiva de la autodeterminación excluye a una amplia gama de grupos que comparten las características como territorio, cultura, identidad e historia, pero cuyo reconocimiento les ha resultado negado sistemáticamente por consideraciones extrajurídicas.

3.1.3.- Los sujetos de la autodeterminación: las naciones y pueblos.

En lo que sigue, y tomando como base la obra de José Obieta, reiteramos las definiciones realizadas al principio de este trabajo. Así se volverá a la definición de algunos de estos conceptos imprescindibles para entender esta materia. Desde un análisis a partir de la sociología, el profesor Obieta define a los pueblos a partir del concepto de “grupo etnonacional”, que es aquel grupo o colectividad humana dotada de dos elementos, uno objetivo, la etnia; y otro subjetivo, la conciencia étnica.⁵⁸⁷

El Pueblo es el grupo étnico dotado de los estados objetivos y subjetivos, que posee un territorio, en que vive la mayoría de sus miembros, son poseedores de una lengua o idioma que los caracteriza, una cultura y cosmovisión que los define y que consideran a sí mismos como un colectivo diferenciado. Por su parte la palabra Nación tiene dos sentidos, uno socio histórico, y otro sentido político, desde el punto de vista socio histórico, la nación es un grupo étnico con territorio propio en el cual vive la mayoría de sus miembros, pero que a diferencia del pueblo posee una conciencia étnica, viva y desarrollada, sentida ya no por una minoría (pueblo), sino por una parte importante de la población que aspira a conservar esa individualidad y asegura esa permanencia utilizando todos los medios a su alcance, sin excluir la obtención del poder. Se podría decir que un pueblo es una nación en potencia, y que la nación es un pueblo mayoritariamente consciente. La nación desde un punto de vista político se concibe como sinónimo de Estado.

El concepto de pueblo ya explicado corresponde, en términos generales, al aceptado por la práctica internacional; sin embargo, los alcances que se han dado de él, son “ambiguos”. Esto se debe a las consecuencias políticas que su aceptación implica para los Estados y los organismos internacionales. Así en la práctica se ha aceptado el carácter de

⁵⁸⁷ Obieta, J. (1986). Op. Cit.

pueblo (no sin oposición), a las colonias pero se le niega o se limita al máximo su aplicación, tratándose de las minorías nacionales o étnicas.⁵⁸⁸ Una muestra de esta tensión se produjo en el marco de los procesos de descolonización africana, donde se reconoce el derecho a ejercer la autodeterminación a algunos grupos mientras a otros les fue negado, como el caso del Pueblo *Igbo* en Nigeria.⁵⁸⁹

La connotación política de este derecho y los temores de los Estados a su pleno ejercicio, se manifiestan nítidamente durante la dictación del convenio 169 de la OIT. En su dictación se intentó limitar los alcances del concepto, al señalar en el artículo 1º que este convenio se aplica a los Pueblos Indígenas y a los Pueblos Tribales en Países Independientes, pero este instrumento agrega una singular limitación⁵⁹⁰:

*“El término pueblo en este convenio no debe interpretarse en el sentido que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”*⁵⁹¹

Esta es una fórmula compleja para decir algo bastante simple: a los indígenas no se les reconoce un derecho a la autodeterminación en su sentido pleno, limitándose a una versión restringida del mismo, mediante su ejercicio en el marco del Estado nacional. Ello da pie para pensar que en el derecho internacional existen dos categorías de pueblos: Los de primera categoría, es decir aquellos a los que se le reconocen el derecho a la autodeterminación y los pueblos de segunda categoría, es decir aquellos que no obstante tener la calidad de pueblo no se les reconoce el derecho a la autodeterminación como es el caso de los pueblos indígenas.⁵⁹²

⁵⁸⁸ En 1968 La asamblea de la ONU aprobó el ejercicio del derecho a la autodeterminación de la colonia de Nigeria contra Gran Bretaña, pero se opuso cuando el Pueblo “Igbo”, minoría etnonacional que vive dentro del actual territorio de dicho país, se reveló contra el gobierno federal e intentó ejercer su derecho a la autodeterminación, creando un Estado independiente, la denominada Republica de Biafra.

⁵⁸⁹ Obieta, J. (1986). Op. Cit.

⁵⁹⁰ Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. [Convenio 169 de 1989]. Art. 1.

⁵⁹¹ Ibidem.

⁵⁹² Anaya, J. (1996). Op. Cit.

3.1.4.- La autodeterminación en el derecho internacional: la secesión estatal.

En gran medida la resistencia que la autodeterminación ha suscitado en el sistema de Naciones Unidas dice relación con la automática e infundada vinculación que se hace de este principio con el derecho a la secesión estatal. La secesión consiste en la separación territorial de un grupo o minoría desde un Estado previamente construido y conformación de un Estado nacional propio.⁵⁹³ Los estados por regla general son reticentes al reconocimiento de la autodeterminación, en efecto son pocos los que están dispuestos a admitir este principio en todas sus consecuencias; por el contrario, intentan limitarlo en tanto su contenido y alcance por considerarlo potencialmente peligroso o atentatorio contra la integridad territorial del Estado. En este sentido, el derecho a la autodeterminación puede expresarse en diferentes alternativas e intensidades:

La primera manera y la más conocida versión de la autodeterminación es su expresión mediante la secesión estatal, es decir la separación de un territorio y constitución de un Estado nacional propio. La segunda es la conformación de formas de Estado federales, cuasi federales, confederales o regionales donde las diferencias se acomodan a partir de un fuerte clivaje territorial con grados variables de descentralización. En efecto, parte de nuestra propuesta final toma elementos de esta expresión de la autodeterminación dentro del Estado. Mientras que la tercera alternativa es la autodeterminación en su versión de baja intensidad, es decir en una versión de autonomía interna en el marco del Estado nacional unitario con transferencia competencial limitada y alcance territorial reducido.

Si bien la secesión es la forma de expresión de la autodeterminación por antonomasia, en ninguna circunstancia se puede considerar como sinónimo de autodeterminación. En efecto la secesión constituye su versión más intensa pero también menos frecuente. Por regla general la autodeterminación se expresa mediante la conformación de modelos de administración que acomodan la diversidad mediante clivajes territoriales o mediante la conformación de regímenes de autonomía dentro del marco del Estado nacional. Estas últimas constituyen la alternativa seguida por una serie de estados occidentales y Latinoamericanos para dar una adecuada canalización a las demandas políticas de las minorías étnicas o nacionales. Así por ejemplo Canadá desde 1982, EE.UU. y los

⁵⁹³ Szpak, A. (2018). Op. Cit.

territorios indígenas, Finlandia en 1921.⁵⁹⁴ En América Latina la acomodación en torno a clivajes territoriales la encontramos en la constitución de Nicaragua en 1984. Mientras que la autonomía territorial es reconocible en la constitución de Colombia del año 1991, Ecuador y Bolivia durante la primera década del siglo XXI. Se volverá a la autonomía dentro del Estado nación párrafos más adelante. En resumen la autodeterminación y la secesión no son expresiones sinónimas. La secesión sólo es la forma más intensa de la libre terminación. En efecto, la falta de acomodación de la diversidad contribuye a la profundización de la polarización y la exacerbación de discursos excluyentes caldo de cultivo propicio para la aparición de nacionalismos étnicos iliberales que nutren discursos secesionistas. En palabras de la profesora colombiana Ester Sanches Botero:

*“Los movimientos separatistas o secesionistas nacen y se nutren cuando en un Estado nacional se privilegia a solo uno de los grupos étnicos que lo componen pretendiendo hacer desaparecer a los otros, en cambio los países que reconocen oportunamente la diversidad étnica de sus componentes.”*⁵⁹⁵

No obstante la resistencia de los estados, lentamente se ha consolidado la idea de que la autodeterminación es un verdadero y estricto derecho de los pueblos aplicable a todos y no solo a aquellos provenientes de los procesos de descolonización como históricamente se ha intentado restringir la aplicación del principio con la finalidad de evitar una explosión secesionista.⁵⁹⁶ La secesión, como expresión del derecho a la autodeterminación, es altamente controvertido en el derecho internacional y comparado. Diversos organismos internacionales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre su ejercicio y materialización.

En efecto, la Corte Internacional de Justicia - en adelante CIJ – en reiteradas opiniones consultivas – en adelante OP- desde 1971, en adelante ha señalado que la

⁵⁹⁴ Las Islas Aland que forman parte de Finlandia gozan de un estatuto de autonomía desde 1921. Raiskila, E. (2016). El ejemplo de Åland, la autonomía protectora de una minoría. ThisisFINLAND. <https://finland.fi/es/vida-y-sociedad/el-ejemplo-de-aland-la-autonomia-protectora-de-una-minoria/>

⁵⁹⁵ Sánchez, E. (2000). *Las Autonomías: Características y Elementos*. Milka Castro. En Castro, M. Albo, X. Actas XII congreso de pluralismo y derecho consuetudinario. 645-651.

⁵⁹⁶ Obieta, J. (1986). Op. Cit.

autodeterminación en ninguna circunstancia es sinónimo de secesión o separación estatal.⁵⁹⁷ Recientemente la CIJ en relación a la región autónoma de Kosovo, volvió a referirse a la autodeterminación a través de la *Opinión Consultiva N° 22 de 2010*.⁵⁹⁸ En dicha oportunidad la CIJ hizo presente que no existe una norma de derecho internacional que prohíba a una entidad territorial declarar su independencia, pero que esta solo puede realizarse bajo ciertas y determinadas condiciones específicas como: tratarse de territorios coloniales (*salt water doctrine*), o pueblos bajo ocupación militar, o bien, subyugados por gobiernos basados en ideologías racistas - *Apartheid*- . En la opinión consultiva kosovar, la CIJ reflexionó sobre la relación de legalidad o conformidad del derecho internacional con la secesión estatal y declaración de independencia, concluyendo que no puede interpretarse la autodeterminación como la existencia de un derecho general a la secesión estatal.

En la elaboración de esta opinión consultiva la CIJ adopta parte de la argumentación utilizada por la Corte Suprema de Canadá en su señero fallo de 1998, relativo a la declaración unilateral de independencia de Quebec.⁵⁹⁹ En dicho fallo la Corte Suprema Canadiense expresó:

*“En el caso de la secesión de Quebec, la Corte Suprema de Canadá señaló que, en una democracia constitucional, los deseos de las mayorías deben ser respetados por cuanto ninguna mayoría es más legítima que otra como expresión de la opinión democrática.”*⁶⁰⁰ Aunque finalmente determinó que Quebec no podía

⁵⁹⁷ Ibidem.

⁵⁹⁸ Saenz, P. (2011). J. (2010). *Tu quoque, corte? La banalización de los poderes del consejo de seguridad en la opinión consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*. Revista REDI. <http://www.revista-redi.es/es/articulos/tu-quoque-corte-la-banalizacion-de-los-poderes-del-consejo-de-seguridad-en-la-opinion-consultiva-sobre-la-conformidad-con-el-derecho-internacional-de-la-declaracion-unilateral-de-independencia-relat/>

⁵⁹⁹ CanLII. (1998). *Reference re Secession of Quebec*, 1998 CanLII 793 (SCC). Canlii.org; CanLII. <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1998/1998canlii793/1998canlii793.html>

⁶⁰⁰ De esta manera, la Corte Suprema de Canadá se alineó a lo establecido por el Comité Internacional de Juristas en el Informe en el caso de las Islas Åland (Finlandia) de 1920. En el cual se determinó que el pueblo Alandés únicamente tendría derecho a la secesión en caso de que Finlandia no respetase su autonomía étnica y cultural, situación distante a la del caso Alandés, incluso en ese entonces. En el caso del pueblo kurdo, por ejemplo, se afirma que si su derecho a la autonomía interna no fuera respetado, este podría legítimamente optar por la secesión. Indacochea Jauregui, J. (2018). La autodeterminación moderna: El derecho a la autonomía externa después de la Opinión Consultiva sobre Kosovo. *Revista Tribuna Internacional*. 7 (13).

*pretender ejercer el derecho a la autodeterminación mediante secesión por cuanto los quebequenses no se encontraban impedidos del ejercicio de su derecho a la autodeterminación o autonomía a nivel interno.”*⁶⁰¹

La Corte Suprema Canadiense – o CSC.- fue clara en señalar que el derecho a la secesión tiene un carácter remedial y que las circunstancias que justificaran una declaración unilateral no se evidencian en el caso de Quebec. Estas circunstancias que dan lugar a la secesión dicen relación con tratos “injustos” desde el Estado hacia la minoría etnonacional quebequense. La Corte hizo recepción de la teoría de la secesión como una opción remedial.

En relación a la secesión es posible argumentar en base a dos teorías normativas, primero entendiendo la secesión estatal únicamente como un derecho remedial y segundo entendiendo la secesión como un derecho primario general.

a.- La secesión estatal como remedio a los tratos injustos.

Un grupo etnonacional tiene el derecho de secesión si y sólo si, ha sido víctima de tratos injustos y sistemáticos por parte del Estado del cual forma parte. En efecto la secesión sería el único remedio apropiado para garantizar la subsistencia colectiva, pero siempre debiendo optarse a él como un recurso de *última ratio*.⁶⁰²

La secesión entendida como un derecho remedial puede complementarse perfectamente al derecho a la revolución que plantea Locke en su segundo tratado para el gobierno civil. En efecto, según lo plantea Locke el pueblo tiene derecho a derribar a sus gobiernos si y sólo si sus derechos básicos están siendo vulnerados y adicionalmente no existen otros medios pacíficos disponibles.⁶⁰³

La principal diferencia entre el derecho de secesión y el derecho de rebelión o revolución de acuerdo a la teoría remedial es que el derecho a la secesión afecta y concentra a un porcentaje de la población que está concentrada en una parte determinada del territorio del Estado. El único objetivo de la secesión sería para Locke cortar el control gubernamental

⁶⁰¹ Indacochea Jauregui, J. (2018). Op. Cit.

⁶⁰² Szpak, A. (2018). Op cit.

⁶⁰³ Ibidem.

sobre una porción del territorio del Estado. Siguiendo esta línea argumental el derecho remedial de secesión es un complemento del derecho de la revolución propuesto por John Locke. Así entonces tanto en la revolución como en la secesión comparten que el ejercicio de ellas solo puede ser entendido como una respuesta frente a un trato profundamente injusto, donde la secesión aparece como el único remedio y donde no existe otro recurso disponible distintos a la secesión estatal.

Finalmente es necesario hacer presente que las teoría remediales pueden ser más liberales o más restrictivas, sin embargo, ellas tienen en común es que no existe un derecho general a la secesión, sino sólo bajo ciertas y específicas circunstancias. A modo referencial se entiende que estas circunstancias excepcionales existen cuando:

Hay amenazas al uso de fuerza militar sobre el grupo o existen violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos contra los miembros del grupo como podría ser el caso del Kurdistan o bien si su territorio soberano fue adquirido y ocupado militarmente de manera injusta por otro Estado como ocurrió con los Países Bálticos y La Unión Soviética.⁶⁰⁴

b.- La secesión como un derecho primario general.

En contraste con la teoría remedial, esta postura afirma que ciertos grupos pueden tener el derecho general de secesión en ausencia de cualquier injusticia. Ellos no limitan la secesión a la existencia de situaciones opresivas vividas por el grupo.

Como contrapartida, si se entiende la secesión como un derecho primario general. Se debe aceptar que un grupo tiene el derecho de separarse del Estado incluso si no sufre ningún tipo de injusticia ni violencia u opresión bajo su jurisdicción. En este sentido, es perfectamente posible la secesión estatal frente a un Estado cuyo trato hacia el grupo es perfectamente justo y democrático. En efecto, bajo esta teoría la secesión es posible aun si estamos frente a un Estado que no realiza o no mantiene tratos injustos hacia un grupo o minoría etnonacional.

⁶⁰⁴ Ibidem.

En consecuencia, la secesión se produce porque el grupo etnonacional elige voluntariamente la secesión y la formación de un Estado nacional propio, no obstante no ser víctima de ningún trato agravante por parte del Estado del cual forma parte. Para este tipo de teorías, el derecho a la secesión se reconoce incluso bajo condiciones en las cuales el Estado ejerce sus funciones legítimas. Es decir la provisión de justicia y seguridad tomando en cuenta que la declaración de la teoría general reconoce un derecho a la secesión frente a un trato perfectamente justo. Entendiendo la justicia entendida como que puede ser llamada no controversial o teoría de la neutralidad.

En otras palabras, un Estado perfectamente justo - esta concepción de justicia es neutral y relativamente no controversial - es uno que no viola los derechos individuales e incluye todos los derechos humanos y el cual no está comprometido con trato discriminatorio ni políticas discriminatorias hacia las minorías.

Asumimos que en su reconocimiento al derecho a la secesión, en cualquiera de sus sentidos, sea remedial o general requieren de acciones injustas aunque ellas pueden estar en desacuerdo del modo en el ámbito de la injusticia. Mientras para las teorías remediales, la injusticia estriba en el trato vulneratorio de los derechos fundamentales de los miembros del grupo, para las teorías generales el trato es injusto cuando el Estado contiene minorías étnicas o naciones que carecen de su propio Estado o simplemente porque incluyen una mayoría que buscan la secesión sin que se haya permitido por el Estado en cuya jurisdicción se encuentran emplazadas incluso cuando el trato recibido por el Estado hacia las minorías sea un trato justo.⁶⁰⁵

3.1.5- Autodeterminación expresada en clivajes territoriales y étnicos.⁶⁰⁶

Una alternativa distinta de la secesión consiste en acomodar la diversidad etnonacional a partir la configuración de formas de Estado que permitan la consolidación de clivajes étnicos y territoriales. Así es posible evidenciar la conformación de estados federales,

⁶⁰⁵ Indacochea, J. (2018) Op cit.

⁶⁰⁶ Tierney, S. (2005). Op Cit.

otros a modelos federales asimétricos basados en la transferencia de competencias a provincias, estados, o territorios especiales como ha sido el caso de Canadá y EE.UU.⁶⁰⁷

Otro conjunto de estados han implementado modelos regionales basados en la existencia de “*hechos diferenciales*” como España, Francia, Italia o bien a fórmulas cuasi confederales como es el caso de Groenlandia y Dinamarca. En definitiva, el derecho comparado ha proporcionado un sinnúmero de modelos para acomodar los clivajes etno territoriales.⁶⁰⁸

Cualquiera sea el nombre, la doctrina demuestra que estos modelos funcionan exitosamente en la medida que exista una adecuada división de poderes entre el gobierno central y los gobiernos locales – independiente del nombre provincias, *landers*, cantones, región o Estado federado- donde en cada nivel de gobierno tenga el poder de tomar decisiones finales en políticas públicas sin tener la atribución de modificar unilateralmente la forma de Estado ni controvertir permanentemente las atribuciones de cada nivel.

Junto con este nivel de decisión local es necesario la representación de los grupos etnonacionales en el centro democrático central. Esta representación puede expresarse mediante mecanismos como un sistema de doble cámara donde los territorios constitutivos se encuentren representados en igualdad de condiciones y finalmente un sistema judicial sin mayores grados de complejidad y que dirima de una manera efectiva las tensiones siempre existentes entre el gobierno central y los gobiernos locales.

Es usual que las tensiones se produzcan al momento de delimitar las atribuciones y competencias de cada una de las partes, por lo que se requiere un sistema claro e imparcial, legítimamente aceptado por los involucrados a fin de disminuir a niveles tolerables las

⁶⁰⁷En Canadá, el Territorio de Nunavut- al norte y dentro del círculo polar ártico- cuenta con un estatuto especial de autogobierno desde el año 1999, luego de un largo proceso de negociación entre las organizaciones indígenas pertenecientes a la Nación Inuit y el Gobierno Central (La Corona). En este proceso se delimitaron las atribuciones y competencias del Estado y el territorio en el marco del federalismo asimétrico canadiense. Que distingue territorios y provincias siendo los primeros, entidades de menor autonomía que las segundas. En el caso de Nunavut fueron reconocidos derechos especiales sobre recursos naturales, autogobierno, derechos especiales de representación dentro de las instituciones públicas y el derecho a participar equitativamente en los beneficios obtenidos de las actividades extractivas realizadas dentro de su territorio. En ningún momento existe reconocimiento al derecho a veto indígena y las competencias de gobierno y jurisdiccionales siguen radicadas en el poder central.

⁶⁰⁸ Blanco, R. (2005). *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*. Alianza editorial. p. 232.

tensiones entre el centro y las unidades constitutivas. En Canadá ese órgano ha sido la Corte Suprema, lo mismo en Estados Unidos, mientras en España el Tribunal Constitucional. En el caso de Chile esta competencia ha sido entregada a un órgano administrativo constitucional denominado Contraloría General de La República - en adelante CGR.- ⁶⁰⁹

En los modelos democráticos, la regla central está dada por el gobierno de las mayorías con el respeto a las minorías. Usualmente la democracia se define esencialmente por la regla de la mayoría. Sin embargo, los sistemas descentralizados como los en comento, se caracterizan por incorporar elementos contra mayoritarios. Por ejemplo asignando poder político a unidades más pequeñas independientemente de su densidad demográfica.

En efecto, según esta corriente es posible destacar al menos tres subtipos de mecanismos democráticos contra mayoritarios:

a.- Los mecanismos consociativos.

Los mecanismos consociacionales son propios de sociedades profundamente divididas, cuyas tensiones provienen de fracturas sociales como guerras civiles, dictaduras militares, conflictos étnicos, religiosos o lingüísticos. Los mecanismos consociacionales buscan articular cuidadosamente un equilibrio entre las partes con la finalidad de no profundizar las fricciones entre partes, buscando fomentar gobiernos basados en el multipartidismo y tolerancia, dotados de capacidad negociadora. Estos mecanismos tienen como principal objetivo la mantención de la paz en sociedades con convivencias frágiles donde se ha restablecido el diálogo luego de profundas fracturas políticas.

b.- Mecanismos de gobiernos territoriales.

Según estos mecanismos se caracterizan por encontrarse sujetos a revisión arbitral por una autoridad jurisdiccional. Esta autoridad puede restringir el actuar del gobierno de la mayoría desplazando el poder a la instancia jurisdiccional actuando como un contrapeso al ejercicio del poder político, un ejemplo es la cláusula “no obstante” (o *notwithstanding*

⁶⁰⁹ La Contraloría General de la República está contemplada en el Capítulo X de la Constitución de 1980, art 98 y siguientes. Este es un órgano autónomo con rango constitucional que tiene por finalidad velar por la legalidad de los actos de la administración del Estado de Chile y actuar como tribunal de cuentas.

contemplada por la constitución canadiense) que constituye un verdadero derecho de las provincias a de vetar la legislación federal.

c.- Mecanismos de gobiernos limitados.

Por ejemplo mediante la incorporación de grupos étnicos minoritarios en los órganos representativos a través de escaños reservados o similares, que permiten institucionalmente la participación que bajo la regla de la mayoría no lograrían. Cualquiera sea la alternativa, este tipo de gobierno necesariamente debe preferirse ante la democracia mayoritaria toda vez que dicha regla corre el riesgo de excluir y silenciar a minorías de manera permanente estableciendo mecanismo de dominación que podrían transformarse en mecanismo que silencien perpetuamente a la minoría.

La forma de gobierno descentralizado ofrece un mecanismo de acomodación basado en artefactos útiles que permiten un amplio marco de acción y oportunidades para acomodar los clivajes étnicos y territoriales. Como señala Alfred Stepan toda democracia de larga duración es un Estado federal o con descentralización política.⁶¹⁰ Stepan y Bermeo explican el tipo de relación intergrupar a partir del juego de roles entre que cada uno de ellos ha jugado en la historia, del mismo modo señalan que la profundidad de las diferencias culturales incide en la relación y profundidad del clivaje, lo mismo las diferencias económicas y asimetrías de poder. Todos estos factores inciden en el éxito o fracaso del modelo de acomodación de la diversidad.

3.1.6.- El autogobierno o autonomía indígena. La gobernanza territorial indígena.⁶¹¹

En nuestro continente americano, un número variable de estados ha implementado mecanismos de acomodación constitucional de la diversidad etnonacional, basados en regímenes de autogobierno local. En efecto, el derecho a la libre determinación también supone el reconocimiento del grupo a autogobernarse sus territorios, a través de sus

⁶¹⁰ Ugo M. Amoretti, N. Gina. (2014). *Federalism and Territorial Cleavages*. JHU Press, p 11-12.

⁶¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*. IWGIA. p 62.

autoridades propias con grados variables de descentralización administrativa, política y territorial. En el derecho internacional de derechos humanos el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales se fundamenta en diversos instrumentos internacionales. Ello incluye las Declaraciones Americanas y de ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, que a la vez recogen principios y derechos fundamentales contenidos en tratados de derechos humanos de aplicación general.

El derecho a la autonomía o al autogobierno de los pueblos indígenas encuentra igualmente su fuente jurídica en el reconocimiento de la Declaración Americana sobre pueblos indígenas y en el artículo 4ª de la Declaración ONU sobre pueblos indígenas.⁶¹² Sin embargo, este derecho deriva de su carácter inherente o preexistente de los pueblos indígenas. En efecto, el autogobierno o autonomía no deben ser concebidos como derechos otorgados por los estados nacionales o por organismos internacionales.

En efecto, la libre determinación es un derecho humano. Ergo, es anterior y superior al Estado y existe independientemente de su reconocimiento por los ordenamientos nacionales. El alcance de este derecho a la autodeterminación en su versión autonomía interna dependerá de una multiplicidad de factores. Entre ellos es posible destacar el peso demográfico de cada minoría etnonacional, su concentración territorial, solidez de sus organizaciones, de la forma de Estado unitario o federal, etc. En definitiva no existe una fórmula única de implementación de los regímenes de autonomía indígena. El desafío estriba en que cada estado defina las fórmulas de acuerdo a sus realidades y características nacionales con los pueblos indígenas. El ejercicio e implementación de una gobernanza territorial es la consecuencia evidente de los regímenes de autonomía y autogobierno indígena. Así la gobernanza es entendida como una forma de decidir y regular los asuntos indígenas al interior de cada Estado. Su implementación constituye una expresión relevante de la libre determinación de los pueblos indígena.⁶¹³

⁶¹² Organización de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Asamblea general de las Naciones Unidas.

⁶¹³ El concepto de gobernanza hace referencia a todos los procesos de gobierno, instituciones, procedimientos y prácticas mediante los que se deciden y regulan los asuntos que atañen al conjunto de la sociedad. La buena gobernanza añade una dimensión normativa o de evaluación al proceso de gobernar. Desde la perspectiva de los derechos humanos, la gobernanza se refiere, sobre todo, al proceso

La alternativa de la autodeterminación en versión autogobierno supone la incorporación de sistemas de autogobierno indígena en sus territorios. Donde estos grupos etnonacionales asumen el control, manejo y administración del territorio ancestral o tradicional, según sus propias costumbres y valores. En efecto, cabe recordar que los pueblos indígenas son grupos humanos que:

*“Tuvieron y siguen manteniendo conceptos altamente desarrollados y sofisticados de gobernanza y control social no solo internamente sino también en sus relaciones externas con otros, incluyendo otras naciones y pueblos indígenas”.*⁶¹⁴

En relación al ejercicio de la autodeterminación indígena, la Comisión Interamericana ha hecho dos precisiones fundamentales la primera ha planteado que el derecho a la autodeterminación debe ser considerada como:

*“Base para un diálogo, catalizador de la participación efectiva en el proceso de construcción estatal y como base para la construcción de una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado en términos de respeto mutuo, lo cual fomenta la paz, el desarrollo, la coexistencia y los valores comunes”*⁶¹⁵.

Luego, la CIDH se ha hecho cargo de los temores de gran parte de los estados en relación al reconocimiento de la autodeterminación indígena el eventual riesgo de la secesión estatal. Al respecto la comisión ha señalado categóricamente:

*“Que la creación de Estados independientes no debe entenderse como la solución para pueblos indígenas y tribales que exigen la libre determinación, y reiteró que el ejercicio de este derecho da lugar a diferentes medidas en contextos diferentes, por lo cual, en el caso de estos pueblos se debe tener como punto de partida sus aspiraciones de reparación”*⁶¹⁶

mediante el cual las instituciones públicas dirigen los asuntos públicos, gestionan los recursos comunes y garantizan la realización de los derechos humanos.

⁶¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Op. Cit.

⁶¹⁵ Regino, A. Torres, G. (2009). *“La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: base de la nueva relación entre los pueblos indígenas, los Estados y las sociedades”*. En Charters, C. Stavenhagen, R. *El Desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Transaction Publisher, p. 165.

⁶¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Op. Cit.

Por tanto, el ejercicio de la libre determinación indígena solo puede dar lugar a arreglos a nivel interno dentro del estado. Reconociendo que los pueblos indígenas pueden decidir su desarrollo económico, social y cultural, y otros aspectos de la libre determinación. Modelos de esta densidad han sido adoptados en territorios indígenas Kuna Yala de Panamá, Honduras y Colombia donde esta se encuentra limitada a territorios indígenas - Entidades Territoriales Indígenas-.

Por último, resulta necesario dar cuenta de la experiencia de Nicaragua y del texto constitucional Boliviano. Nicaragua fue la primera experiencia comparada en de autonomía indígena. En este sentido, en el marco de la revolución sandinista, en 1986 se dicta una nueva constitución. En ella se incorpora el carácter multiétnico y pluricultural de la nación en su artículo N° 8 constitucional.⁶¹⁷ En el texto constitucional de Nicaragua se reconoce a las comunidades indígenas de la costa Atlántica el derecho a la autonomía y autogobierno, como asimismo el derecho de preservar y desarrollar su propia identidad cultural, dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones; de igual manera la constitución nicaragüense reconoce a pueblos indígenas el derecho a preservar y desarrollar sus propias culturas y lenguas y garantiza el acceso y control de sus recursos naturales y sus sistemas de propiedad comunal, finalmente crea como unidades territoriales las denominadas Regiones Autónomas de la Costa Caribe Norte y Costa Caribe Sur, cada una de ellas con su respectivo consejo regional como órgano representativo de elección popular.⁶¹⁸

Por otro lado y en relación a Bolivia y al modelo establecido por la Constitución de 2009, es necesario relevar que la carta fundamental reconoce la plurinacionalidad y la autonomía indígena, pero condiciona esta última a la existencia de una viabilidad gubernativa, a una base poblacional homogénea que sustenta el régimen de autonomía y a la aprobación del gobierno central.⁶¹⁹

⁶¹⁷ Díaz Polanco, H. (200). “Los Desafíos de la Autonomía en Nicaragua”. Entrevista con Myrna Cunningham. Curso post congreso: *Identidad, Autonomía y Derecho Indígena: Desafíos del tercer milenio*. p 37-54.

⁶¹⁸ Ibidem. p 111-12.

⁶¹⁹ Las autonomías indígenas, su procedimiento de conformación, articulación y competencias se encuentran desarrollados principalmente en el Capítulo VII, artículos 289 y siguientes de la Constitución

Donde sí es posible encontrar un mayor nivel de consenso es con relación a los límites de la autonomía indígena. La cual no comprende materias como: el control sobre la política exterior, defensa y seguridad nacional interna y externa -funciones de policía-, aviación, servicios postales, política monetaria, jurisdicción criminal, derechos sobre aguas exteriores, regímenes fiscales, la propiedad sobre los recursos naturales y el respeto a los derechos humanos. Aspectos que por regla general se mantienen en manos de los gobiernos federales o centrales sin la existencia de cláusulas residuales.

En definitiva, la autonomía debería incorporar y combinar procesos de desconcentración y descentralización tanto administrativa, territorial y política. Entre ellas deberá considerarse la transferencia de competencias en materias culturales y territoriales, sobre educación intercultural y salud. Puede incluirse la definición de algunos impuestos específicos -como impuesto al tabaco en Canadá-, el derecho al acceso a los recursos naturales existentes en sus territorios, la preservación del territorio indígena, y en materia jurisdiccional la transferencia de competencias en derecho de familia, delitos menores y justicia de paz, asimismo la gestión de competencias municipales relativas a la comunidad local. El profesor Prosper Musafiri y experto de Naciones Unidas en asuntos indígenas, plantea que la autonomía indígena puede materializarse de tres formas: autonomía territorial, autonomía personal y autonomía funcional.⁶²⁰

a.- Autonomía territorial:

Esto es conformando instituciones ejecutivas regionales y representantes indígenas con el fin de vincular las actividades políticas dentro de la unidad regional con la voluntad de sus habitantes.

b.-autonomía personal:

Ello implica que se reconoce colectivamente a todos los miembros de una minoría, independientemente de si pertenecen a una determinada unidad administrativa territorial.

Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009. *Constitución Política del Estado de Bolivia*. (2009). https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf

⁶²⁰ Musafiri, P. (2012). *Right to Self-Determination in International Law: Towards Theorisation of the Concept of Indigenous Peoples/National Minority?* International Journal on Minority and Group Rights, 19(4), 481-532. doi: <https://doi.org/10.1163/15718115-01904006>

c.- autonomía funcional:

Es decir el traspaso de ciertas atribuciones administrativas relativas a la gestión, cultura, educación, religión, medios de comunicación y económicas. A diferencia de la autonomía personal, no se aplica a todos los miembros de los pueblos indígenas sino solo aquellos que sean parte de organizaciones indígenas.⁶²¹

3.1.7.- La autodeterminación, palabras al cierre.

En definitiva, en el presente acápite se ha desarrollado la idea de autodeterminación y sus distintas formas de expresión poniendo énfasis en la relación entre autodeterminación y secesión estatal. Se ha señalado que la secesión es un fenómeno excepcional y sólo se produce o se justifica en ciertos y determinados casos, no constituyendo en ninguna circunstancia la regla general. Así lo reconocen los principales organismos internacionales sobre derechos humanos y las opiniones consultivas expresadas desde 1920 en adelante. En efecto, la forma más frecuente de expresión de la autodeterminación dice en relación más bien con la acomodación de la diversidad mediante distintos grados de descentralización del poder político y a través del establecimiento de formas o mecanismos de acomodación basados en sistemas de autogobierno o autodeterminación indígena en el marco del Estado nacional. Que estos mecanismos se caracterizan por la implementación de medidas orientadas a la gobernanza territorial que reconocen la gestión interna por parte de los pueblos indígenas y en relación a sus asuntos siempre dentro del Estado.

Como ha sido reseñado como el reconocimiento de la autodeterminación en versión autogobierno indígena se ha expresado en la implementación constitucional de un sinnúmero de estados latinoamericanos como son Panamá, Colombia, Bolivia y Nicaragua cada uno de ellos de estos ejemplos reconoce autonomía territorial, con distintos grados de intensidad.

En efecto, desde los organismos internacionales se ha ido decantando cierto grado de consenso en torno a los contenidos de la autonomía o autogobierno indígena. En especial en torno a sus límites, como en cuanto a la forma en que las tensiones y competencias entre

⁶²¹ Szpak, A. (2018). Op. Cit.

el nivel central y local deben ser resueltas. El autogobierno puede implementarse mediante procesos de descentralización progresiva de atribuciones desde el Estado central hacia los pueblos indígenas. Es decir, en el marco del Estado y en conformidad a normas constitucionales democráticamente definidas.

En efecto, el derecho a la libre determinación es el primero y más relevante de los derechos colectivos reconocidos a los pueblos en el ámbito internacional y comparado. La autodeterminación también implica el derecho de autogobernarse en sus territorios, a través de sus propias visiones y creencias a participar de los procesos de decisión dentro del Estado donde están insertos mediante el reconocimiento de derechos y participación democrática. El derecho a la autonomía o al autogobierno fue expresamente reconocido por los estados americanos en el artículo XXI de la Declaración Americana y por la comunidad internacional en general. Esto supone el reconocimiento de los sistemas de gobierno propio que asumen el control, manejo y administración del territorio ancestral o tradicional y de los recursos naturales en el existentes.

La autonomía indígena debe entenderse en términos de autogobierno en sus asuntos internos. A continuación, se desarrollará el contenido de los derechos colectivos considerados fundamentales para la subsistencia de los pueblos o naciones indígenas, políticos y de representación para continuar con derechos colectivos de corte fundamental como son la tierra y los recursos naturales del territorio.

3.2.- Derechos políticos, de representación y el derecho a la consulta indígena.

Los derechos políticos de los pueblos indígenas implican no solo la autodeterminación o libre determinación. Envuelven una segunda dimensión igualmente relevante, esto es, derechos a la participación en los asuntos que puedan afectarles directamente lo cual coloca la participación indígena en el centro de la toma de decisiones políticas del Estado. La incorporación de estos derechos busca acortar esta brecha de justicia política democratizando el acceso al poder y la toma de decisiones a nivel político.⁶²²

⁶²² Kymlicka (2007) Op. Cit.

La participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones políticas en la comunidad nacional resulta indispensable para acortar las brechas de subordinación. Con su reconocimiento se garantiza que los indígenas participen en la adopción de decisiones nacionales, como también mantengan el control de sus destinos. Significa que las instituciones deben concebirse de modo que les permitan a los indígenas adoptar decisiones en relación con sus asuntos internos y locales, y además participar colectivamente en los procesos externos del Estado participando de la toma de decisiones que conciernen a la polis.

La Corte IDH ha señalado con ocasión de la interpretación del artículo 23 de la Convención Interamericana de DDHH, o Pacto de San José de Costa Rica, referente al reconocimiento de derechos políticos, ha afirmado que tratándose de los Pueblos Indígenas este derecho debe interpretarse como el derecho a participar en la toma de decisiones sobre aquellos asuntos que puedan incidir en sus derechos y en su desarrollo.⁶²³ En efecto, agrega la Corte Interamericana de DDHH:

*“De forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos”*⁶²⁴.

Para los indígenas, el derecho a la participación política constituye un derecho de suma relevancia por tratarse de grupos históricamente excluidos. Esto exige la adopción de medidas de promoción y de justicia distributiva que garanticen la participación e incidencia en el proceso de toma de decisiones sea en el marco de su relación con las sociedades nacionales y/o con las políticas públicas que sean susceptibles de afectarles directamente.

Esto puede expresarse mediante la creación de mecanismos especiales de representación con participación indígena. Sea en el nivel local, regional o nacional a través de la creación de distritos especiales indígenas -*Gerrymandering*-,⁶²⁵ escaños o listas

⁶²³ Organización de Estados Americanos. (2021). Convención Interamericana de Derechos Humanos. OEA. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

⁶²⁴ Ibidem.

⁶²⁵ El *Gerrymandering* es definido como un mecanismo de representación electoral basado en el redistritaje en torno a ciertas características de la población, con el se busca representar a minorías que se concentran en determinados zonas o territorios que de no existir esta redistribución carecerán de representación parlamentaria o democrática. *Gerrymandering | Definition, Litigation, & Facts | Britannica*. (2023). In *Encyclopædia Britannica*. <https://www.britannica.com/topic/gerrymandering>

reservadas en cargos de representación popular o la disminución de umbrales eleccionarios para partidos políticos indígenas⁶²⁶.

El objetivo es que los grupos etnonacionales- pueblos o naciones indígenas- formen y se sientan parte del entramado democrático y burocrático del Estado. Colateralmente esto permite debilitar el mito que estos grupos – u otras minorías- buscan o esconden fines separatistas. Por el contrario, las pulsiones secesionistas si bien existen, son marginales dentro de los Pueblos Indígenas. Por regla más que general los indígenas buscan participar en la determinación de las políticas que les conciernen directamente, tal como lo señala el Convenio 169 de la OIT al momento de consagrar el derecho de los indígenas a ser consultados respecto de aquellas medidas susceptibles de afectarles directamente⁶²⁷.

3.2.1.- La consulta previa (o CP.) y el consentimiento previo libre e informado (o CPLI.)

Otra forma de asegurar o garantizar la participación política de los pueblos indígenas consiste en el derecho a ser consultados en relación con aquellas materias o asuntos que sean susceptibles de afectarles directamente.

La consulta indígena es un mecanismo especial de participación que busca asegurar el derecho de los pueblos indígenas a participar honesta y de buena fe en la adopción de políticas públicas por parte del Estado, cada vez que este a través de sus instituciones en cualquiera de sus niveles busque adoptar una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Su finalidad es la generación de espacios de diálogo Estado- indígenas con miras al logro de un consentimiento con los pueblos indígenas frente a las medidas que puedan afectar a los indígenas y sus comunidades. Constituyendo adicionalmente una obligación de medio y no de resultado.⁶²⁸ Es decir el Estado se encuentra obligado a la implementación de un proceso de consulta bajo estándares de buena fe, pertinencia cultural y representatividad con miras a la obtención de un consentimiento

⁶²⁶ Naciones Unidas. (2009). Directrices sobre cuestiones relativas a los pueblos indígenas. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/UNDG_guidelines_ES.pdf

⁶²⁷ Ibidem.

⁶²⁸ Ibidem.

indígena. Bajo ninguna forma está obligado a la obtención del mismo. En caso de estarlo se trataría más que de un derecho a la consulta, de un verdadero derecho a veto indígena.

La consulta ocupa un lugar central en la relación entre el Estado e indígenas en el derecho internacional y ha sido reconocida como la piedra angular de toda relación con el Estado. El derecho de consulta es una demanda esencial en las reivindicaciones indígenas ante el sistema internacional, de larga referencia en el derecho comparado como en el derecho interno chileno. La consulta como mecanismo es incorporada inicialmente en el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, esta es una figura que se encuentra establecida en varios tratados internacionales, entre ellos por ejemplo el Convenio de Biodiversidad Biológica de 1992 y el Protocolo de Nagoya entre otros.⁶²⁹

La consulta es un derecho de los indígenas pero a su vez un deber para los estados, cuyo objetivo busca que los pueblos indígenas se involucren y sean parte integral en la toma de decisiones, medidas o proyectos que los afecten directamente su vida, hábitat, territorios y medio ambiente. Estos están obligados a respetarla como principio fundamental de gobernanza, desarrollo inclusivo, paz social, prevención y resolución de conflictos en el contexto de las relaciones interculturales. En definitiva su finalidad es frenar la discrecionalidad del Estado en la formulación de políticas públicas que dicen relación con los pueblos originarios. De este modo, los conceptos de participación y consulta indígena se encuentran relacionados directamente, desde la propia conceptualización que propone el Convenio N.º 169. En efecto se considera que su ámbito de acción reside en el espacio público donde los sujetos y sus organizaciones interactúan con los diferentes niveles de gobierno a lo que se debe agregar que aquella se realiza con el fin de:

*“Intentar influir, orientar o modificar la toma de decisiones a favor de intereses colectivos, comunitarios o sectoriales, y no sólo eso, sino que también con el objetivo de ejercer un control sobre la acción del Estado”.*⁶³⁰

De este modo, ambos conceptos buscan enlazarse con el fin de establecer una nueva “forma de concebir las relaciones entre la sociedad y el Estado”, que se entiende como una

⁶²⁹ Anaya, J. (2005). *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*. Madrid: trota, segunda edición, 2005.

⁶³⁰ De Cea, M. Fuentes, C. (2016). *La consulta indígena Colombia, Perú, Chile*. Ril Editores

nueva etapa en la discusión de los procesos de democratización que va más allá de las relaciones tradicionales entre gobernantes y gobernados.⁶³¹ El Convenio N° 169 establece en su Artículo 6 (1), que los gobiernos deberán, al aplicar las disposiciones del Convenio, letra a):

“Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, agregando inmediatamente como letra b) la obligación de los gobiernos de “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les concierne”. Por su parte, la letra c) insta la obligación de los gobiernos de “establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”⁶³².

A lo que debe agregarse que, el Artículo 6.2), establece como obligación para los gobiernos el que los procesos de Consulta Indígena llevados a cabo en aplicación del Convenio:

“Deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”⁶³³.

En consonancia con esta norma, el Artículo 7 (N°1) del Convenio señala que los pueblos indígenas deben gozar del derecho de incidir en la definición de sus propias prioridades de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, culturas,

⁶³¹ Canto, M. (2010). *Participación ciudadana en las políticas públicas*. Siglo XXI. ISBN: 9786070302527. p. 231

⁶³² Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Art. 6. [Convenio 169 de 1989]. <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

⁶³³ Ibidem.

valores o formas de vida y de sus tierras, territorios y recursos naturales, agregando que los pueblos indígenas deben tener el derecho:

*“De controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”, además del derecho a “participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo, lo que comprende al Estado en todas sus dimensiones, ya sea, nacional regional y local susceptibles de afectarles directamente”*⁶³⁴.

De este modo, para el Convenio N° 169, la participación de los pueblos indígenas no sólo debe ser unidireccional o formularia, sino que, implica como objetivo que sean capaces de intervenir en las decisiones, programas, medidas y/o actividades que les afecten, incluso mencionando la facultad de ejercer control sobre las mismos. De manera que, no sólo se trata de entregar y/o acceder a las solicitudes de información que realicen los pueblos indígenas o sus integrantes, sino que, del establecimiento de procedimientos que supongan un diálogo genuino entre partes en condiciones de simetría, siendo este el espíritu de todas las disposiciones del convenio que versan sobre esta materia.

Huelga recordar que la participación en la definición de las políticas del Estado es uno de los principios inspiradores del Convenio N° 169. Ergo, también, de la consulta indígena, la cual tendrá lugar cada vez que el Estado adopte medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, sean estas medidas legislativas o administrativas. Dicha obligación, se extiende a todos los órganos de la administración del Estado y no exclusivamente al órgano de gobierno, sino al Estado en su conjunto, ya sea a nivel central, desconcentrado o descentralizado. Dicho de otra forma, abarca desde el órgano ejecutivo, el órgano legislativo y también, se extiende a los gobiernos regionales y locales, como son las subunidades locales como provincias, regiones, comunidades autónomas, municipios etc. en relación a la función jurisdiccional la Comisión Interamericana ha señalado:

⁶³⁴Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. [Convenio 169 de 1989]. Art. 7.

“Igualmente, el Poder Judicial y las Altas Cortes juegan un rol fundamental para asegurar la vigencia de este derecho. Los jueces deben hacer efectivo el principio de convencionalidad y atender las demandas de los pueblos que se fundamentan en estándares internacionales de derechos humanos”⁶³⁵.

3.2.2.- Procedimiento de consulta indígena.

El deber de consulta se aplica en general a las instituciones de gobierno. Lo que entrega un amplio margen de utilización de esta salvaguarda en la formulación de políticas públicas e incluso en la definición de las prioridades de desarrollo en todos los ámbitos de la administración del Estado.

Sin embargo, la transformación de la Consulta Indígena en un mecanismo efectivo de participación indígena requiere un rol activo de los Pueblos Indígenas durante el proceso y su presencia en el desarrollo de todas las etapas, diseño, implementación, ejecución y desarrollo. Así, para que la consulta sea efectiva, requerirá de la participación indígena en procesos de prefactibilidad y en la planificación de las medidas, consideración efectiva de las costumbres y valores de los pueblos indígenas en el proceso de consulta, buena fe en el acceso a la información, comunicación mediante un diálogo simétrico, acceso a la información de manera clara y simple. Del mismo modo se requiere la participación indígena en la evaluación a posterior de la adopción de la medida, control sobre las eventuales mitigaciones y finalmente, participación equitativa en los beneficios cuando ello sea posible. La buena fe involucra tanto a los indígenas como al Estado, toda vez que las partes deben negociar en base a la información y transparencia. Se deben incorporar grados importantes de flexibilidad en ella, como asimismo, perfeccionar la incidencia sobre la ejecución y resultados, siempre teniendo en mira los principios inspiradores del C169 de la OIT.

Del mismo modo es necesario que la consulta sea implementada según procedimientos adecuados y a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. Son adecuados aquellos procedimientos de consulta que sean pertinentes culturalmente mediante la consideración de la cultura indígena. En relación a la

⁶³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Op. Cit.

representatividad indígena corresponde a ellos determinar cuáles son aquellas organizaciones que les representen, en ningún caso al Estado.

En cuanto a la oportunidad, la consulta debe ser realizada cada vez que el Estado decida implementar una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Ello ocurrirá cuando dicha afectación se manifieste en formas distintas del resto de la población o, de modos diferentes que a la generalidad de la sociedad, por ejemplo, sea que impacten -o sean susceptibles de impactar- en términos espirituales, en el acceso a los recursos naturales, al ejercicio de su cultura o al acceso al territorio de una forma que altere sus modos específicos de vida.

En este sentido, la participación debe estar presente en todas las etapas, desde el análisis de su prefactibilidad, planificación, diseño, implementación, ejecución, e incluso, en la evaluación de las medidas, siendo particularmente relevante el hacerles partícipes de los beneficios que conlleven.

3.2.3.- Consentimiento previo libre e informado de los pueblos indígenas (CPLI).

Un caso interesante de mencionar sobre la consulta dice relación con modelo canadiense, toda vez que el gobierno de Canadá si bien no ha ratificado el Convenio 169, consagra constitucionalmente el deber de consulta a las Naciones Originarias. La Corona – gobierno- tiene el deber de consultar a los pueblos aborígenes cuando tenga conocimiento de que los derechos o propiedades indígenas pueden verse afectadas por una decisión o implementación de una medida que les afecte. Hasta la fecha la mayor parte de la jurisprudencia indígena canadiense se ha centrado en aplicar el deber de consultar a las decisiones legislativas que puedan interferir con los derechos nacionales de los aborígenes o de los tratados celebrados entre ellos y la corona.⁶³⁶

Sobre el contenido del CPLI, el abogado Kenneth Deer miembro del foro permanente para asuntos indígenas de las Naciones Unidas, y chief - jefe - indígena del

⁶³⁶ Schwartz, R. (2016). *The duty to consult and accommodate. in realizing indigenous rights in international environmental law: a canadian perspective*. Centre for International Governance Innovation. <http://www.jstor.org/stable/resrep15512.7>

Pueblo Mohawk de Canadá,⁶³⁷ expresó sobre la autodeterminación y el consentimiento previo libre e informado:

*“Todos nuestros derechos fluyen o están vinculados a nuestro derecho de autodeterminación. Estos incluyen nuestro derecho a la tierra, nuestro derecho a los recursos naturales, nuestro derecho a nuestro idioma y cultura, nuestro derecho al “consentimiento libre, previo e informado”*⁶³⁸

El consentimiento también se ancla en el derecho a la libre determinación, sostiene Deer. Toda vez que es una forma de empoderamiento legal y de participación de los pueblos indígenas. Como lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema canadiense, la importancia del consentimiento libre, previo e informado, - como se identifica en la Declaración de la ONU- se extiende más allá de las materias relativas a la propiedad de las tierras indígenas. Con este fin, el gobierno de Canadá ha buscado construir procesos y enfoques destinados a asegurar el consentimiento indígena, así ha buscado definir mecanismos creativos e innovadores que ayuden a construir una colaboración más profunda indígena y Estado, como una manera de buscar consensos y formas colaborativas de trabajo. El gobierno canadiense ha buscado garantizar que las naciones indígenas tengan un papel en la toma de decisiones públicas como parte del marco constitucional de Canadá garantizando que los derechos y aspiraciones indígenas sean reconocidos en la toma de decisiones en todos sus niveles.⁶³⁹

Del mismo modo, la Corte canadiense ha aclarado que la norma para obtener el consentimiento de los pueblos indígenas es más estricta en el caso de las tierras de título aborígenes. En esta línea de argumentación ha sostenido que un título indígena otorga al titular el derecho a utilizar, controlar y administrar la tierra, incluyendo el derecho a gozar de los beneficios económicos provenientes de ella y de los recursos naturales en ella emplazados. La nación indígena, como titular, decide cómo usar y administrar sus tierras tanto para actividades tradicionales como para fines económicos, sujeto al límite de que esta

⁶³⁷ Kunze, J. (2022). Native News Online talks with Kenneth Deer at the United Nations. *Native News Online*. <https://nativenewsonline.net/currents/native-news-online-talks-with-kenneth-deer-at-the-united-nations>

⁶³⁸ Szpak, A. (2018). Op. Cit.

⁶³⁹ Schwartz, R. (2016). Op. Cit.

no puede utilizarse o ser explotada de una forma que prive a las generaciones futuras del beneficio proveniente de su uso o explotación.

Del mismo modo la Corte ha sostenido que existe un *"deber constitucional de consultar"* siempre que los derechos indígenas o de los tratados con ellos celebrados puedan verse afectados negativamente por las acciones del gobierno. La naturaleza y el alcance del deber de consultar dependen de la solidez de la reivindicación de los derechos indígenas y de la gravedad de los efectos potencialmente adversos de la actividad propuesta. Por lo tanto, no siempre se exigirá a los gobiernos que tengan en cuenta las prioridades de las naciones indígenas. Sin embargo, en sus formas más sólidas, el deber de consultar puede requerir negociación, la participación de los indígena en la adopción de decisiones, cambios sustantivos en la política o actividad propuesta y, posiblemente, el pleno consentimiento de la comunidades susceptibles de ser afectadas. Sin embargo, es importante señalar que la consulta tiene sus limitaciones y que los gobiernos de Canadá con frecuencia no cumplen con sus responsabilidades constitucionales.

En relación al poder judicial canadiense, así se ha planteado que las decisiones judiciales han motivado a los gobiernos de todo el país a desarrollar políticas específicas para consultar con los pueblos aborígenes, y los jueces han estado dispuestos a obstaculizar los proyectos gubernamentales donde no se ha cumplido el estándar adecuado de consulta.

Con todo, la consulta constituye un avance trascendental en el reconocimiento de los derechos indígenas y es considerada como un mínimo civilizatorio en los ordenamientos nacionales del continente. El grado de implementación, aceptación y cuestionamiento de la consulta indígena varía según cada Estado. En efecto, su implementación en los ordenamientos nacionales no ha estado exenta de inconvenientes y tensiones entre indígenas y gobiernos. Siendo frecuente un tira y afloja entre los estados y los indígenas. Sin embargo y no obstante estos reveses lentamente se han ido asentando criterios que van decantando su aplicación. Ciertamente, el derecho a la consulta puede transformarse en un efectivo mecanismo de participación y rendición de cuentas en relación con la formulación de políticas públicas con un enfoque de pertinencia cultural. Sin embargo, ello requiere un esfuerzo significativo desde el Estado en miras a cumplir los estándares internacionales de consulta. Lo anterior, implica una rendición de cuentas más estricta y particular, pues el

Convenio N.º 169 establece un estándar más alto de participación que aquella que no involucra a los pueblos indígenas.

Alcanzar este nivel de apropiación deseado, sólo es posible a través de la correcta implementación del procedimiento de consulta indígena, estableciendo una relación justa y respetuosa y colaborativa, de modo que los pueblos indígenas puedan efectivamente decidir e incidir en sus prioridades, involucrándose en los procesos de desarrollo económico, social y cultural que les involucran, tal y como lo establece el Artículo 7 (1) del Convenio N.º 169 de la OIT. Para el logro de este objetivo, resulta necesaria la aplicación de los estándares normativos establecidos por el Convenio N.º 169, como una manera de las exigencias internacionales sobre consulta indígena.

En definitiva, los sistemas democráticos deben necesariamente reflejar la diversidad de la población. Como es conocido, los espacios de toma de decisión democrática cuentan con sobrerrepresentación de determinados grupos, usualmente hombres blancos de clase media. De ahí que sea necesario que se establezcan medidas tendientes a generar espacios más inclusivos incorporando mujeres, indígenas, minorías raciales, migrantes, construyendo de esta manera una democracia más inclusiva en la cual todos los grupos se sientan representados. Para ello es fundamental, que las instituciones del Estado, en particular, aquellas que formulan políticas públicas den cuenta del crisol de colores que conforman nuestra sociedad.

3.2.4.- El derecho al desarrollo.

Es posible considerar el Derecho al Desarrollo como parte integrante de los derechos políticos reconocidos a los Pueblos Indígenas. En efecto el Convenio 169 así lo establece en su artículo 7. dicho instrumento internacional expresa lo siguiente:

“1.- Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar

en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2.- El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. ”⁶⁴⁰

El concepto y la práctica de la noción de “desarrollo”, entendidos como política nacional de modernización y cooperación para la satisfacción de las necesidades de la población mediante el crecimiento económico y la protección ambiental ha sido objeto de una evolución notable en las últimas décadas. El cambio de paradigma de la idea de desarrollo que ha transitado desde un concepto centrado en el progreso industrial y crecimiento económico hacia un modelo basado en el respeto a los derechos humanos y medio ambiente, constituye una realidad relativamente reciente.

Desde los años ochenta las Naciones Unidas han promovido un cambio de paradigma en la idea de desarrollo agregando la noción de sustentabilidad. Actualmente este organismo promueve la idea de desarrollo bajo el nombre de agenda 2030.

“El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él” ⁶⁴¹.

En efecto, el paradigma del desarrollo continúa cargando una serie de lastres y deficiencias que serían parte de su misma esencia, como el aumento de las desigualdades, la homogeneización cultural y la degradación medioambiental. De aquí derivan las limitaciones

⁶⁴⁰ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Art. 1. [Convenio 169 de 1989]. <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

⁶⁴¹ Gómez, F. (2006). *Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo*. Tiempo de paz. 131. 40-47.

de esta categoría para enmarcar el debate sobre el bienestar y la concreción de los derechos de los pueblos indígenas. Los indígenas y sus culturas podrán incluso considerarse unas víctimas de los procesos de implementación de superación de la pobreza, dado que gran parte de los países en vías de desarrollo han incrementado sus economías en base a los modelos exportadores de materias primas. Las que usualmente se encuentran en territorios con población indígena.

En este marco, cabe destacar la experiencia de las economías indígenas en varios países de la región. Ellas han sido conceptualizadas bajo el concepto del buen vivir una aproximación al tema del desarrollo desde la práctica, el cual se ha intentado traducir en concepciones similares al desarrollo. La idea del buen vivir está compuesta por una amplia gama de expresiones mecanismos y elementos que incorporan los conocimientos, prácticas y tradiciones indígena relacionadas con la sustentabilidad, solidaridad y comercio justo, lo que contribuye al mejoramiento de la calidad de vida de sus familias, genera empleo, reduce el impacto migratorio y coadyuva a la articulación de la economía local.

Las ideas sobre la economía indígena y la satisfacción de necesidades propias a partir del vivir indígena y sus culturas, no constituye una novedad. Más bien podríamos considerarla como una continuación y actualización de la noción de etnodesarrollo que tiene su sustrato en la teoría del control cultural,⁶⁴² que fuera planteada por el antropólogo mexicano Guillermo Bonfil Batalla.

En efecto, según esta teoría el etnodesarrollo es un incremento de la capacidad de decisión del grupo, tanto sobre sus recursos propios como sobre recursos ajenos. Es importante para su logro la recuperación de elementos culturales grupales y enajenados como tierra, historia, tecnología, como también el fortalecimiento de las organizaciones sociales

⁶⁴² Guillermo Bonfil Batalla fue un antropólogo mexicano. Bonfil tuvo una amplia trayectoria en la academia latinoamericana especialmente en el campo de la etnología y derechos indígenas. Entre su obra se encuentra el libro denominado “el etnodesarrollo” donde recurre a la teoría del control cultural, en lo medular dicha construcción teórica plantea que toda cultura está compuesta por tres dimensiones: la cultura propia, la cultura ajena y la cultura enajenada. El grado de control que cada cultura tiene respecto de su autonomía y sobrevivencia está determinado por el grado de control que tiene sobre estas tres dimensiones. Bonfil, G. (1982). *El etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización*. En Rojas, F. (1982). *América Latina: Etnodesarrollo y etnocidio*. Flacso. 131-145.

comunales. Al crear, fortalecer y ampliar las condiciones de decisión propia se abren las posibilidades de un autodesarrollo y etnodesarrollo.⁶⁴³

Desde la perspectiva indígena, la noción de desarrollo indígena necesariamente debe vincularse al enfoque de derechos y, de forma prioritaria, a los dos instrumentos internacionales de derechos colectivos básicos: el Convenio N° 169 y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígena del año 2007.⁶⁴⁴

La declaración – DHUPI- ha incluido entre los derechos indígenas el derecho sobre el que pivota todo este proyecto, el derecho a perseguir su propio desarrollo económico, cultural y político. En el artículo 23 se reconoce este derecho en los siguientes términos:

*“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar todos los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les afecten y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones”.*⁶⁴⁵

3.3.- Derechos a la tierra, territorio y recursos naturales.

Los derechos territoriales son fundamentales para la subsistencia de los pueblos indígenas. El reconocimiento de sus tierras, territorios y recursos naturales conforman un requisito fundamental para la existencia de los pueblos y naciones indígenas. Estos elementos

⁶⁴³ Ibidem.

⁶⁴⁴ En este sentido, es interesante la aportación de un autor como Stavenhagen con la introducción del concepto de «etnodesarrollo», una forma alternativa de desarrollo que enfatiza el rol de las entidades subnacionales en el proceso de desarrollo. Desde la perspectiva del etnodesarrollo, el Estado y la sociedad se benefician de la diversidad de estrategias de desarrollo determinadas por los diferentes grupos étnicos. El etnodesarrollo implica, en última instancia, el establecimiento de amplios márgenes de autonomía de los grupos étnicos en relación con la toma de decisiones en torno al uso de recursos para el desarrollo. Stavenhagen, R. (2013). *Ethnodevelopment: a neglected dimension in Development Thinking (1986). Pioneer on Indigenous Rights*. SpringerBriefs on Pioneers in Science and Practice. Springer. 2. 15-51.

⁶⁴⁵ Naciones Unidas. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

constituyen el soporte material y espiritual de su existencia y cosmovisión indígena, ellos les pertenecen por herencia ancestral.

El autogobierno y autonomía deben ejercerse sobre una base material que permita la materialización espacial de las competencias y atribuciones que implica la expresión de la autodeterminación. En dicha base material se ejerce el poder político de los indígenas. Tal es la relevancia de los derechos territoriales – tierras, territorios y RRNN- tienen para los pueblos indígenas, que los instrumentos internacionales como el convenio y la Declaración Universal de Pueblos Indígenas de la ONU deciden tratar por separado dichas materias, como una forma de reforzar su protección, estableciendo normas especiales para dichos elementos por separado. Es decir, se establecen regulaciones mediante normas relativas a las tierras, territorios y finalmente a los recursos naturales. Al establecerlos por separado, ambos instrumentos dan regulación específica a cada uno de estos elementos, dando cuenta de la importancia que se reconoce a este elemento como central para la sobrevivencia de los pueblos y naciones indígenas.

La forma como usan su territorio y la manera cómo controlan sus espacios territoriales es con frecuencia muy distinta a la de la cultura occidental. A pesar de su ocupación y despojo por los estados nacionales la territorialidad indígena se ha mantenido, readecuado y redefinido. Sobreviviendo a la expoliación sufrida en manos de las sociedades no indígenas. El territorio en sentido amplio – inclusivo de tierras y recursos naturales- se considera para las naciones indígenas no solo la base objetiva que les habilita para ejercer los otros derechos colectivos, sino adicionalmente el soporte espiritual que da continuidad a la sobrevivencia de sus culturas.

En efecto, la centralidad de los derechos territoriales requiere una especial preocupación por los estados y organismos internacionales. En este sentido, los estados deben garantizar la gobernanza indígena sobre dichos territorios como una manera de amparar su subsistencia. Atendida la importancia de este derecho colectivo será analizado en una doble dimensión, primero en cuanto a tierras y territorios y luego en cuanto al acceso a los recursos naturales existentes en ellos.

3.3.1.- Derechos a las tierras y territorios.

Uno de los aspectos fundamentales para los pueblos indígenas se relaciona con la forma de configuración especial con sus tierras y estructura territorial. Es a partir de los sistemas de regulación y conocimiento propio de los indígenas que se concibe e interactúa con el espacio geográfico, y se determina el ordenamiento territorial. A modo ilustrativo la Comisión Interamericana – CIDH- ha considerado que las tierras y territorios indígenas constituyen el fundamento principal de su existencia y cultura. Este órgano internacional hizo presente que los estados tienen el deber de reconocer la especial relación de los pueblos y naciones indígenas con sus tierras y territorios. Toda vez que ambas constituyen el soporte material y espiritual donde ellos ejercen sus derechos, culturas y demás derechos colectivos.

Corresponde a los estados reconocer y respetar el derecho de los pueblos a usar y gozar de sus territorios como también sus recursos. La territorialidad de las comunidades y de los pueblos indígenas, corresponde a una espacialidad determinada y autodefinida como atributo consustancial del sujeto de derecho que conforma la comunidad y pueblo indígena o tribal respectivo.⁶⁴⁶

El reconocimiento a la manera como los indígenas ejercen sus derechos territoriales, articulan su autogobierno y disponen de los recursos naturales en ellos emplazados. El reconocimiento a las tierras y territorios constituye el aspecto fundamental de la noción de gobernanza indígena. El marco de esta gobernanza territorial debe ser definido de mutuo respeto, negociación y diálogo con el Estado.⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ Véase principalmente informes sobre “*Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*” (2009). En “*Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes e Industrias Extractivas*” (2015) y en “*Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía*” (2019).

⁶⁴⁷ La buena gobernanza comprende el derecho de los pueblos indígenas a participar de manera plena y eficaz en la adopción de las decisiones relativas a todos los asuntos que conciernen a sus derechos, vidas, comunidades, tierras, territorios y recursos. Se basa en la consulta y el consentimiento, especialmente en las decisiones que afectan al desarrollo en todos los niveles, desde el internacional hasta el local. Se requiere el reconocimiento de las formas indígenas de autonomía, autogobierno y autoridades ancestrales, así como de los sistemas consuetudinarios de gobernanza y los sistemas de tenencia sobre tierras, territorios y recursos naturales.

El Convenio 169 establece en su artículo 13 el reconocimiento de las tierras y territorio indígena. En efecto, la referencia a las tierras – señala el instrumento- debe necesariamente incluir el concepto de territorios. Este último, destaca el Convenio:

“Cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”⁶⁴⁸

Como queda en evidencia de la mera redacción del artículo la noción de territorio es más amplia que las tierras indígenas. Mientras las tierras indígenas se caracterizan por una relación colectiva o individual de propiedad y dominio con atribuciones de uso, disfrute y disposición, el territorio implica una relación de uso material y espiritual con los indígenas, sin necesariamente tratarse de una relación de dominio o propiedad.

Sin embargo, en este caso el convenio las trata conjuntamente al señalar que las tierras indígenas incluyen el concepto de territorios. Esta redacción confusa fue adoptada a fin de evitar discusiones entre los estados y los indígenas como una manera de facilitar la ratificación del convenio. Los redactores accedieron a integrar el término territorio dentro del término tierras. La Comisión Interamericana en sus diversos informes ha constatado que uno de los principales problemas que enfrentan los indígenas dice relación con la falta o debilidad de normas de protección de sus tierras y territorios, lo que se traduce en ausencia de titulación de la propiedad o desconocimiento de la propiedad ancestral de la misma.⁶⁴⁹ Como lo expresa la CIDH en su informe sobre autodeterminación indígena de 2021, citando a una autoridad tradicional indígena:

“ No hablamos de una tenencia territorial a nivel de comunidades sino a nivel territorial socio histórico, por eso hablamos de territorios integrales que no significan líneas fronterizas sino de cómo la naturaleza funciona en su equilibrio, el

⁶⁴⁸ Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. [Convenio 169 de 1989]. Art. 13..

⁶⁴⁹ Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. (2014). *La buena gobernanza y los pueblos indígenas*. 13° periodo de sesiones del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2014/press/es-gg.pdf>

*agua, la tierra, el espacio, incluyendo el ser humano, a eso llamamos territorios integrales".*⁶⁵⁰

En este sentido, es necesario establecer que mientras que el territorio implica una apropiación del espacio –tanto material como simbólica– e incluye elementos como son la tierra, los recursos naturales, la historia y la cosmovisión. Asimismo, goza de una dimensión material y otra simbólica.

Por su parte las normas de protección de las tierras y territorios implica reconocer derechos de naturaleza diferente, mientras en una se protege y ampara la una relación de dominio sobre el bien con los atributos propios de este derecho. En este sentido el Estado está obligado a protegerla y resguardar mediante disposiciones legislativas y administrativas que impidan la profundización de la pérdida territorial indígena. En la segunda, territorio, este *“va más allá’ de la tierra”*. En efecto, el territorio está constituido también:

*“Por las redes de parentesco, el sentido de pertenencia, o los proyectos etno-políticos con base en dicho territorio”.*⁶⁵¹

Para de esta manera deja en claro que el empleo del término territorio no afectaría la jurisdicción y soberanía estatal sobre dichos espacios los cuales son elementos constitutivos de la realidad estatal.

Por lo tanto, teniendo muy presente la categorización de los elementos materiales e inmateriales, es necesario hacer presente que el término “territorio” hace referencia a la parte de la tierra con la que el pueblo indígena tiene una relación de interdependencia y una vinculación política, espiritual y cultural. Cuyo origen estriba en su uso prevalente desde tiempos ancestrales y que ha moldeado la cultura y cosmovisión de los pueblos indígenas. Se basa, por lo tanto, en el reconocimiento de una relación especial que existe entre los pueblos indígenas y el medio ambiente y los recursos naturales en el emplazados.⁶⁵²

⁶⁵⁰ Reunión con representantes de gobiernos autónomos indígenas de Nación Wampis (Perú) y Gobiernos Territoriales de Charagua y Rajaypampa (Bolivia), realizada el 21 de mayo de 2021. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Op. Cit.

⁶⁵¹ Barros, M. (2019). *La participación en los beneficios para los pueblos indígenas, recursos naturales y consentimiento previo, libre e informado*. Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. 17. (1). 151-188 ISSN 07180195

⁶⁵² Ibidem.

En consecuencia, la noción de territorio es un espacio donde quienes lo ocupan comparten ciertos derechos sobre el uso de recursos del suelo y subsuelo. El territorio es el medio donde el hombre desarrolla su vida cotidiana y donde tiene contacto armónico frecuente y regular con la naturaleza y donde los indígenas pueden materializar su derecho al autogobierno en el marco del Estado. Este concepto de territorio estaría fundamentado en el derecho a la posesión y explotación de las tierras y los recursos naturales de acuerdo con sus costumbres y tradiciones. El territorio se encuentra vinculado al goce de derechos humanos indispensables para las naciones indígenas como el derecho al mantenimiento de la propia cultura y su práctica, al mantenimiento de estructuras sociales, políticas y económicas propias y, en definitiva, a la autodeterminación. Sin el territorio la base material del autogobierno indígena resulta imposible.

En este sentido, como sostuvo claramente la académica norteamericana y miembro del grupo permanente de pueblos indígenas de la ONU profesora Érica Irene Daes al plantear su postura en la discusión sobre derechos territoriales:⁶⁵³

*“El territorio – indígena- no debe confundirse con el concepto de ‘integridad territorial’ utilizado en derecho internacional y que es propia de los estados. En este caso no supone una separación política del territorio del Estado, pues es evidente que todo pueblo indígena, incluso en ejercicio de su derecho a la autonomía y al autogobierno, sigue aún comúnmente vinculado con el territorio político o soberano del Estado, como por ejemplo, en el caso de Groenlandia”.*⁶⁵⁴

⁶⁵³ Erica Irene Daes (18 de septiembre de 1925 - 12 de febrero de 2017) fue una abogada, académica, diplomática y experta de las Naciones Unidas mejor conocida por su trabajo de casi 20 años con el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas (1984-2001) promoviendo la causa de la pueblos indígenas del mundo, tiempo durante el cual fue autora de informes de las Naciones Unidas sobre asuntos indígenas. Erica Daes fue presidenta fundadora y relatora especial del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas; Miembro de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y cumplió una labor crucial como promotora de la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007. Daes, E. (2001). “Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra” <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/141/82/PDF/G0114182.pdf?OpenElement>.

⁶⁵⁴ Reunión con representantes de gobiernos autónomos indígenas de Nación Wampis (Perú) y Gobiernos Territoriales de Charagua y Rajaypampa (Bolivia), realizada el 21 de mayo de 2021. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Op. Cit.

Esta última fórmula es la forma en que se reconocen los derechos territoriales en los instrumentos de derechos humanos, como por ejemplo en el Convenio 169 donde la idea de territorio indígena está vinculado al goce y disfrute de recursos y sustrato material del autogobierno y bajo ninguna circunstancia como propiedad o soberanía indígena.⁶⁵⁵ De esta forma el concepto queda depurado de cualquier significación política como elemento constitutivo del Estado o como elemento en disputa con el Estado⁶⁵⁶.

3.3.2.- Derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales.

En relación a los recursos naturales, los instrumentos internacionales establecen disposiciones que buscan resguardar el acceso de los pueblos indígenas a dichos recursos, en especial al reconocimiento a la administración y utilización de dichos recursos por parte de las comunidades indígenas. En efecto, en relación a los recursos naturales y al contenido de este último derecho, la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha expresado que los estados deben asegurar:

*“[El derecho de los indígenas a ejercer el] control, desarrollo y utilización de sus recursos naturales como los bosques, aguas y zonas costeras”.*⁶⁵⁷

Esta interpretación amplia del derecho de propiedad indígena que incluye al territorio y a los recursos naturales ha sido reproducida por la Corte Interamericana en diversos fallos desde el año 2003 donde se expuso por primera vez en el fallo de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua donde se expresó:

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la propiedad comunal indígena a las tierras y recursos naturales, aplicando el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este reconocimiento se ha dado en el marco de las disputas generadas por el control de los recursos naturales, bosques, agua y minerales, entre otros, existentes en los territorios donde habitan los

⁶⁵⁵ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Art. 1. [Convenio 169 de 1989]. <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

⁶⁵⁶ Daes, E. (2021). Op. Cit.

⁶⁵⁷ Barros, M. (2019). Op. Cit.

*pueblos indígenas y tribales. Esta disputa se acentúa debido a la colisión de derechos entre el reconocimiento de la propiedad indígena y los derechos de los Estados, a quienes las normas constitucionales o legales en el derecho doméstico les asignan la propiedad de los recursos naturales del subsuelo y de los recursos hídricos”.*⁶⁵⁸

Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) del año 2007, ha clarificado aún más el concepto de propiedad ancestral indígena y su relación con los recursos naturales, reconociendo en su artículo 26 el derecho de estos pueblos sobre las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.⁶⁵⁹ El derecho comparado y los instrumentos internacionales, como el convenio de la OIT, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la protección de los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios e impone al Estado la obligación de proteger especialmente el acceso a estos recursos.⁶⁶⁰

Para ello los estados deben garantizar la participación indígena en la utilización, administración y conservación de dichos recursos incluyendo, montañas, bosques, aguas y en general los todos aquellos recursos bióticos y abióticos que se encuentre dentro de sus territorios, incluyendo los del subsuelo y que los pueblos indígenas usen, utilicen o disfruten

⁶⁵⁸La Corte IDH, en sentencia del caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua, fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 79, 31 de agosto de 2001. par. 148, reconoció el valor de la propiedad comunal de los pueblos indígenas a la luz del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, reconoció la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ellas; y, finalmente, estableció la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Esta jurisprudencia se ha ratificado en una multiplicidad de casos: sentencia del caso Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay, fondo, reparaciones y costas, serie C. Núm.. 125, 17 de junio de 2005, párr.. 137; sentencia del caso Comunidad.

⁶⁵⁹ El artículo 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, señala: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen debido a la propiedad u otro tipo tradicionales de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

⁶⁶⁰ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Art. 15. [Convenio 169 de 1989]. <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

para su subsistencia. Especialmente en aquellos casos que conforme a la legislación doméstica la propiedad de los recursos naturales pertenezca al Estado.

En estos casos, se encuentra obligado a adoptar medidas estrictas para proteger y preservar los territorios de los indígenas.⁶⁶¹ Para lo cual deberá adoptar medidas destinadas a prevenir, mitigar, compensar y reparar los efectos perniciosos que la explotación o utilización de dichos recursos pueda generar en los pueblos indígenas. En efecto, en conformidad al art. 15 del Convenio de la OIT.:

“Los estados deberán buscar la obtención de un consentimiento previo libre e informado por parte de los pueblos indígenas, mediante la implementación de consultas con dicho fin y determinar con precisión la medida y forma los indígenas podrían verse afectados por la explotación y utilización de dichos recursos naturales. Proteger y garantizar el derecho de los pueblos indígenas en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En caso de ser posible según la legislación los estados deben implementar juntamente con los pueblos indígenas, políticas de participación equitativa de los beneficios generados por dicha explotación⁶⁶². Indemnizar de manera justa a los indígenas los perjuicios que la explotación de los recursos naturales”⁶⁶³

El artículo 15 del Convenio, establece una serie de derechos diferenciados para los indígenas en relación con los recursos naturales.⁶⁶⁴ Por una parte y a todo evento establece la obligación del Estado de consultar a los indígenas frente a la explotación de los recursos naturales con miras de buscar un consentimiento previo libre e informado. Luego establece el derecho de los indígenas a participar en el cuidado y conservación de los recursos naturales y en caso de ser posible a participar de modo equitativo en los beneficios que la explotación de estos pueda generar. Por último, consagra el derecho de los indígenas a ser indemnizados

⁶⁶¹ ibidem

⁶⁶² Barros, M. (2019). Op. Cit.

⁶⁶³ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Art. 15. [Convenio 169 de 1989]. <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

⁶⁶⁴ Ibidem.

de los perjuicios causados por el uso y explotación de los recursos naturales emplazados en sus respectivos territorios.⁶⁶⁵

3.3.3.- Los beneficios compartidos y las justas compensaciones.

En derecho comparado, el acceso y participación indígena en la explotación de los recursos naturales más conocidos como *benefit sharing*- o participación en los beneficios- paulatinamente se ha ido consolidando como un modelo de relación basados en alianzas virtuosas (o acuerdos *win-win*) entre los indígenas, Estado y sector privado.⁶⁶⁶ Canadá se ha transformado en un pionero en su implementación desde los años setenta. y sus resultados han tenido distintos grados de éxito.

Efectivamente, la participación en los beneficios ha venido desarrollando esta forma de participación manera desigual ello atendido su falta de regulación legal y el carácter federal del Estado canadiense, lo que significa niveles asimétricos de implementación según provincia, pueblo indígena y tipo o naturaleza de proyecto extractivo. Su implementación ha resultado más bien producto de la delicada casuística donde los indígenas canadienses han avanzado y obtenido niveles de beneficios mediante complejos procesos de negociación con las empresas o sector privado, en algunas oportunidades dichos procesos han contado con el activo apoyo de las provincias o del Estado central canadiense. Los indígenas de Canadá han negociado acuerdos con empresas extractivas – mineras, forestales etc. - desde los años setenta. La mayoría de los esfuerzos recientes de colaboración han involucrado intereses comerciales, dichos beneficios se han centrado principalmente en:⁶⁶⁷

⁶⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶⁶ Win win situation: consiste en una estrategia de negociación donde ambas partes obtienen beneficios. Shonk, K. (2023). a win win situation. PON - Program on Negotiation at Harvard Law School. <https://www.pon.harvard.edu/tag/a-win-win-situation/#:~:text=A%20win%20win%20situation%20is,lasting%20success%20are%20much%20higher>

⁶⁶⁷ Woodward & Company for the Ecosystem-Based Management Working Group. (2016). Benefit sharing agreements in British Columbia: a guide for first nations, businesses, and governments. 119 <https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/farming-natural-resources-and-industry/natural-resource-use/land-water-us>

- Pagos económicos por parte de las empresas a las comunidades y pueblos indígenas para desarrollo de los proyectos económicos dentro de territorios tradicionales.
- Acuerdos de formación educacional y planes de empleo con las empresas y compañías titulares de dichos proyectos en territorios indígenas.
- Subcontratación de empresas indígenas con empresas extractivas.

Sorprendentemente estas negociaciones han permitido el nacimiento de asociaciones y vínculos entre indígenas y el sector empresarial dando lugar a una forma de cooperación que permite alianzas virtuosas entre indígenas y sector privado. Estos son acuerdos importantes, pues proporcionan beneficios económicos sustanciales a las comunidades haciéndolas partícipes no solo de los pasivos sino también de las ganancias que la labor extractiva genera en las comunidades indígenas. La participación en los ingresos de los recursos es diferente de los acuerdos de impacto y beneficio y los acuerdos de colaboración que las empresas han negociado con las comunidades indígenas.

La participación en los ingresos implica que la asignación de recursos económicos provenientes del Estado sería complementado con los fondos obtenidos por los indígenas en sus relaciones con las empresas. De acuerdo con la realidad de Canadá los gobiernos provinciales han incentivado la negociación con los indígenas por varias razones:

- Los acuerdos de participación en los ingresos fueron negociados por el Gobierno federal en tratados modernos y, por lo tanto, son derechos aborígenes y de tratados protegidos constitucionalmente;
- Los gobiernos quieren fomentar el desarrollo de recursos y saben que la oposición aborígen podría ralentizar o detener la actividad comercial; compartir los beneficios de los recursos es el precio de la paz y la cooperación en la frontera del desarrollo;
- Los gobiernos se preocupan por las posibles sentencias judiciales que, obligarán a compartir los pagos de regalías con los pueblos indígenas y los gobiernos.⁶⁶⁸

En la tradición federal clásica canadiense, la distribución de los ingresos procedentes de la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas ha tenido una evolución desigual. En efecto, a pesar de los inconvenientes y debilidades que este tipo de

⁶⁶⁸ Coates, K. (2015). *Sharing The Wealth. How resource revenue agreements can honour treaties, improve communities, and facilitate Canadian development*. University of Regina. p 45.

modelo de relación indígenas sector privado es posible destacar algunos aspectos que contribuyen a resultados exitosos.⁶⁶⁹

La participación equitativa en los beneficios provenientes de la explotación de recursos naturales es una realidad. Por lo que resulta indispensable establecer mecanismos, procedimientos y estructuras para conformar un sistema de negociación apropiado y simétrico. La participación equitativa en los beneficios debe establecerse en consulta con los pueblos indígenas afectados.

La utilización de mecanismos de reparto de carácter universal a los afectados en combinación con la utilización de fondos fiduciarios sujetos a fines específicos. Algunos modelos canadienses usan las reglas de los tercios donde un tercio es asignado a un fondo indígena general, para su distribución a todos los gobiernos indígenas de una provincia o territorio. Los otros tercios son asignados a la comunidad o comunidades indígenas en cuyo territorio tradicional se está produciendo la explotación.

Incorporación de la población no indígena. Ello evita las tensiones entre indígenas y no indígenas al compartir – en menor grado – el reparto de los beneficios económicos con la población no indígena. En efecto, siempre se necesitará un verdadero liderazgo a nivel provincial, territorial y federal. Esto ha sido efectivo en el norte territorial.

La incorporación de las comunidades en la participación en los beneficios puede resultar un eficaz mecanismo de prevención y administración que el modelo de explotación basado en la extracción de recursos naturales genera entre las comunidades indígenas. Ello es particularmente sensible en Chile cuya economía se basa exclusivamente en la exportación de materias primas. Un modelo de participación permitiría distribuir los beneficios que la explotación de recursos naturales que las comunidades especialmente indígenas ven como fuente de desigualdad, destrucción y depredación de los recursos naturales en sus territorios. Ello necesariamente requiere que el Estado incorpore la mirada indígena – y ciudadana - en el diseño e implementación de políticas, planes y medidas de administración y negocios en materia económica que tiendan a una nueva gobernanza de los territorios donde los indígenas se transformen en actores esenciales en la definición de ellos y no meros “*stakeholders*”.

⁶⁶⁹ Ibidem

Dejar de ser sujetos de políticas asistencialistas para reconocerlos como actores que gozan de autonomía y control sobre los recursos naturales.⁶⁷⁰

Como se ha sostenido reiteradamente los pueblos indígenas tienen una especial vinculación con el medio ambiente. Esta especial relación es parte fundamental de las culturas indígenas y su mantención es vital para su integridad cultural y espiritual. Para los pueblos indígenas la preservación de los recursos naturales y sus ecosistemas es vital para su subsistencia no solo material sino también espiritual, el destino de sus territorios y recursos está entrelazado de su destino como colectivos.⁶⁷¹

3.4.- Derechos culturales o derechos poliétnicos: Un deber de justicia simbólica.

Los derechos culturales o de la polietnicidad tienen como objetivo garantizar la subsistencia de grupos y minorías a través de la protección de sus particularidades y prácticas para que éstas sean expresadas y ejercidas sin temor a ser discriminados o que se obstaculice el goce y disfrute de sus derechos fundamentales. Este tipo de derechos busca establecer medidas para evitar las discriminaciones, prejuicios, exclusiones contra las minorías en razón de su cultura, lengua, creencias, cosmovisión o religión.

3.4.1.- Concepto de derechos culturales o poliétnicos.

Bajo la nomenclatura de derechos culturales se entiende comprendidos aquellos derechos que tienen por finalidad proteger y visibilizar aquellas experiencias, creencias y modos de vida que grupos, colectivos o que minorías ejercen o profesan y que son fundamentales para su subsistencia. Por lo general dichas prácticas han sido prohibidas, perseguidas o en el mejor de los casos invisibilizadas durante los procesos de construcción y consolidación de los estados nacionales en perjuicio de la cultura mayoritaria. El reconocimiento a sus derechos culturales buscan precisamente protegerlas, relevarlas y valorarlas pues:

⁶⁷⁰ Woodward & Company for the Ecosystem-Based Management Working Group. (2016). Op cit.

⁶⁷¹ Daes, E. (2001). Op. cit.

“Facultan a los individuos comunidades y grupos de personas para expresar, desarrollar, sin discriminación su cultura, cosmovisión y espiritualidad, mediante, entre otras cosas, valores, creencias, convicciones, idiomas, conocimientos y artes, instituciones, memorias y formas de vida. Protegen también el acceso al patrimonio cultural material e inmaterial y a los recursos que permiten que esos procesos de identificación y desarrollo tengan lugar”⁶⁷².

Los estados donde existen grupos étnicos culturales y nacionales han adoptado medidas que buscan su protección mediante el reconocimiento de derechos colectivos, con las limitaciones señaladas anteriormente, es decir con la exclusión de las denominadas restricciones internas por más fundamentales para la sobrevivencia del grupo que sean consideradas su aceptación resulta intolerable en una democracia moderna. Los derechos culturales pueden expresarse en diversas dimensiones por ejemplo mediante la protección de la educación, lenguaje, salud y creencias de dichos grupos o colectivos cuyas trayectorias vitales han sido históricamente excluidas por la sociedad mayor.⁶⁷³

Estos mecanismos de protección y promoción pueden materializarse mediante el reconocimiento a los sistemas de educación tradicional, la implementación de educación intercultural bilingüe obligatoria en territorios y/o regiones de alta densidad de población indígena, el uso de la lengua en los servicios del Estado y el apoyo a la revitalización lingüística que requieren cambios en el currículum educativo encaminados a explicar la historia, como asimismo la contribución específica de cada uno de ellos en la construcción de la cultura nacional, el reconocimiento de símbolos y emblemas nacionales y la visibilización de su contribución a la historia nacional, etc. También es frecuente el establecimiento de beneficios o exenciones legales o tributarias para las poblaciones migrantes o indígenas especialmente en materia de artes y la cultura indígenas, etc.

⁶⁷² OHCHR. (2016). Cartografía de los derechos culturales: Naturaleza, apuestas y desafíos. OHCHR. <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-cultural-rights/mapping-cultural-rights-nature-issues-stake-and-challenges#:~:text=Los%20derechos%20culturales%20protegen%20los,otras%20cosas%2C%20valores%2C%20creencias%2C>

⁶⁷³ Ibidem.

En países culturalmente diversos como Nueva Zelanda, Canadá, Inglaterra, Estados Unidos, Colombia, Bolivia, etc., se han establecido modificaciones y exenciones en leyes que se estima pueden perjudicar a ciertas minorías. Por ejemplo, los judíos y musulmanes han solicitado que se les exima del cierre dominical de tiendas. Situación similar se ha dado en países como Canadá donde algunas minorías religiosas como “*Siks*”⁶⁷⁴ han sido eximida del uso del uso obligatorio del casco de motorista o uso del “*chador*”⁶⁷⁵ en lugares públicos.

3.4.2.- La justicia simbólica: historia y cultura para la paz.

A través de la educación, los colectivos construyen lo que son e imaginan lo que quieren ser. En medio de estas dinámicas se reproducen hábitos y valores, se vislumbran otras posibilidades y se crean nuevas realidades y oportunidades de vida para individuos y comunidades.

El potencial de la educación transforma a la relectura de la historia e historiografía en una útil herramienta de pedagogía para la paz en un ámbito de acción determinante para la transformación de una sociedad que puede arrastrar siglos de dolor y violencia. La violencia real o simbólica deja profundas cicatrices y heridas en las personas y sociedades que las sufren. Para la construcción de una sociedad inclusiva y justa es necesaria una pedagogía y educación que estimule y valore la diversidad. La educación permite la construcción de una sociedad con fuertes lazos de pertenencia con las personas, organizaciones y el Estado dotando de un sentido de comunidad que permite la viabilidad de los países.

En general es por medio de la educación donde es posible promover el respeto, valoración y promoción de los derechos humanos. En el mismo sentido, es también a través de la educación un medio adecuado para buscar la reconciliación entre sociedades. La educación basada en valores para la paz requiere la promoción de una cultura del diálogo y la aceptación del otro. En efecto, la idea de educación para la paz resulta ser una herramienta

⁶⁷⁴ Kymlicka, W. (1994). Op. Cit.

⁶⁷⁵ Ibidem.

que fomenta la aceptación y tolerancia al interior de sociedades con profundas fracturas, ella hace referencia:

*“Un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos basados en el respeto a la vida, el fin de la violencia y la promoción y la práctica de la no-violencia por medio de la educación, el diálogo y la cooperación”.*⁶⁷⁶

Por tanto, la educación en torno a la diversidad estimula la conformación de un proceso positivo, dinámico y participativo en el que se promueven el diálogo y la regulación de los conflictos, en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos.⁶⁷⁷

Como se ha sistemáticamente sostenido el reconocimiento a derechos diferenciados en función del grupo no es solo una reivindicación de los indígenas, sino que además constituye un imperativo de justicia con aquellos grupos cuyas historias han sido excluidas. Los procesos de acomodación de la diversidad requieren necesariamente de la búsqueda de esta justicia. En una doble dimensión: justicia como objetivo; en términos *rawlsianos* significa la búsqueda de una distribución de derechos y deberes en proporción a nuestras capacidades y la resistencia a la existencia de privilegios basados en hechos moralmente arbitrarios, de ahí la necesidad de implementación de medidas correctivas como los derechos específicos en función del grupo. Pero también en una segunda dimensión, esto es el reconocimiento a la especial dignidad del individuo y /o del colectivo como seres humanos y como grupo, la primera hace posible la segunda y sin una no se entiende la otra.

Tomando elementos de la teoría de la justicia transicional es posible entender la justicia no exclusivamente como un acto punitivo jurisdiccional sino desde una perspectiva más amplia como también comprensiva de un conjunto de acciones orientadas a reparar y restablecer las confianzas entre los grupos.⁶⁷⁸ En definitiva para sanar las heridas

⁶⁷⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas. (1999). *Declaración y Programa de Acción sobre una cultura de paz*. Resolución N° 53/243. <https://educra.cl/wp-content/uploads/2019/10/DOC2-educar.pdf>

⁶⁷⁷ Ibidem.

⁶⁷⁸ ICTJ. (2011). *¿Qué es la justicia transicional?* The International Center for Transitional Justice. <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>

provenientes de dolores históricos, abusos sistemáticos, racismo y violencia que pueden tensionar sociedades haciendo imposible la convivencia intergrupala.

Estos factores pueden ocasionar una debilidad institucional, inestabilidad, politización y desconfianza en las instituciones fundamentales para la democracia moderna. Los órganos de representación democrática, las fuerzas de orden, las autoridades judiciales corren el riesgo de carecer de legitimidad si no se evidencian esfuerzos por reparar los agravios del pasado. De por sí, las violaciones de derechos socavan la confianza de los ciudadanos en el Estado y sus instituciones para salvaguardar sus derechos y seguridad. Es frecuente que en este marco los grupos excluidos y las víctimas de violencia sistemática e histórica se encuentren resentidas, y reticentes frente al poder político y su legitimidad para ejercer el poder político.⁶⁷⁹

3.4.3.- El reconocimiento y reconciliación.

En una última dimensión el reconocimiento de derechos culturales en función del grupo, puede ser entendido como un mecanismo de reconciliación y sanación de la sociedad nacional, con los dolores de un pasado de dominación y discriminación colonial. Especialmente la implementación de estos derechos pueden ser usados como herramientas de educación, formación para la paz, recuperación de la memoria histórica y valoración simbólica.

Los pueblos indígenas han sido históricamente víctimas de colonización, es decir han sufrido situaciones históricas de dominación y opresión. En términos de Tully han sido sujetos de:

“[Los indígenas] han resultado privados de sus territorios y gobiernos, despojados de su religión y sistemas tradicionales de conocimiento. Sobre ellos, las

⁶⁷⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. (1999). *Declaración y Programa de Acción sobre una cultura de paz*. Op cit.

*potencias colonizadoras han montado una compleja estructura dominación mediante relaciones de subordinación estables, inamovibles y prácticamente irreversibles”*⁶⁸⁰.

En este sentido, los indígenas han sufrido un doble proceso de colonización uno externo o implementado por los imperios coloniales, de antigua data, como el británico el español o portugués; y otro interno, proveniente de los propios estados nacionales, quienes luego de su ruptura con los imperios coloniales implementaron políticas de asimilación muchas veces más implacables que sus ex metrópolis. Frente a la fuerza y violencia de la colonización los indígenas han respondido mediante una resistencia directa o mediante una resistencia menos abierta caracterizada por la adaptación, sincretismo y cambio.

La colonización en cualquiera de sus dimensiones implica una relación violenta entre el colonizador y el colonizado. En efecto, dicha violencia es multidimensional: en primer lugar dirigida hacia el pueblo colonizado, en este caso pueblos indígenas colectivamente entendido; en segundo lugar la violencia se dirige hacia los integrantes de los pueblos colonizados y finalmente hacia el alma de los colonizados. Es decir, la colonización busca despojarlos de su pertenencia, de sus posesiones y de sus creencias, memorias y saberes. La colonización se basa en y reproduce violencia, sea esta física o simbólica. La resurgencia de la identidad indígena es probablemente la manifestación más exitosa de dicha resistencia. A lo largo de los siglos los pueblos y naciones indígenas han desarrollado formas y mecanismos de resistencia a la subordinación.

En este sentido, en su obra *“resurgencia y reconciliación”* Ashes y Borrows plantean la existencia de una dualidad que se encuentra en diálogo permanente - insurgencia indígena y la reconciliación-. Ambas categorías son complementarias. El primer paso de una sociedad que plantee una senda de reconciliación consiste en un acto de reconocimiento al dolor y a la violencia infringida a las sociedades colonizadas. Los profesores Ashes, Tully, Borrows y Mills plantean el desafío de revisitar los dolores del pasado con miras a construir el camino de un futuro.⁶⁸¹ Este revisitar el pasado nos plantea la necesidad de mirarnos al

⁶⁸⁰ Tully, J. (2018). *Las Luchas de los Pueblos Indígenas por y de la libertad*. 52. En Merino, R. Valencia, A. (2018). *Descolonizar el derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*. Palestra editors.

⁶⁸¹ Asch, M. Borrows, J. Tully, J. (2018). Op. Cit.

espejo dejando en evidencia las cicatrices no para esconderlas sino para entenderlas, como un única forma de construir un camino de prosperidad conjunto. El primer paso para la reconciliación es precisamente el reconocimiento de la existencia de esa violencia y de cómo esas violencias permanecen en el tiempo. Siendo las víctimas de la misma no sólo los pueblos indígenas, sino también quienes la ejercen, es decir los colonizadores. La violencia moldea la cultura colonizada y la cultura colonizadora

Michael Ashes plantea que la reconciliación implica que ni la colonización ni la invasión de los territorios indígenas debe y puede olvidarse. Pero bajo ninguna circunstancia puede ser una herida abierta permanentemente.

El profesor Mills realiza una cita del jefe indígena Fred Kelly quien en su declaración ante la Real Comisión de Verdad sobre las *Residential Schools*,⁶⁸² en Canadá, abiertamente expresó su deseo de reconciliación entre las sociedades indígenas y no indígena:

*“Compartimos todos una misma tierra y un territorio en común. Uds y nosotros dependemos el uno del otro. Tenemos y mantenemos profundos lazos sociales y afectivos que nos unen. Muchos de nuestros hijos e hijas están casados y nos han bendecido con generaciones de nietos Estamos, querámoslo o no, profundamente imbricados, tanto así que nuestras opciones son claras y simples: o ganamos todos o perdemos todos, no hay más que esas alternativas”*⁶⁸³

A pesar de las injusticias sufridas por los indígenas, existen profundos lazos de interdependencia entre sociedades indígenas y no indígena. El fracaso de una sociedad implica la incapacidad de establecer horizontes comunes, toda vez que la relación entre sociedades indígenas y no indígenas está profundamente entrelazada. La reconciliación es fundamental en la construcción de cualquier futuro común. Sin embargo, el logro de este objetivo no puede materializarse a partir del olvido y la negación de la violencia que caracterizó a la relación colonial. Una reconciliación genuina no puede ser a costo de olvidar el sufrimiento para exclusivamente mirar al futuro. La violencia de la colonización debe ser

⁶⁸² First Peoples Group. (2023). Fred Kelly. <https://firstpeoplesgroup.com/team-member/fred-kelly/>

⁶⁸³ Brant, M. Archibald, L. DeGagné, M. (2008). *From truth to reconciliation: transforming the legacy of residential schools*. Ottawa: Aboriginal Healing Foundation.

reconocida en todas sus dimensiones. Siguiendo a Michael Ash, quien señala en relación a la reconciliación.

*“Entonces, el objetivo de la reconciliación es armonizar nuestras prácticas actuales con el conocimiento cierto de que hemos actuado incorrectamente (incluso en nuestros propios términos éticos). Para que exista reconciliación es necesario conocer, reconocer y aceptar la responsabilidad por el dolor y daño que nuestras acciones han causado y trabajar para garantizar que nuestras acciones y los valores en el futuro sean establecidos de común acuerdo, dando garantías de no repetición. Entonces, así es posible entender la reconciliación como una responsabilidad de futuro compartido”.*⁶⁸⁴

La necesidad de responder con legitimidad a esas violaciones y discriminaciones, por históricas que sean cuando por su propia magnitud y la fragilidad social actúan como condicionantes es lo que define a la justicia transicional, que la diferencia de la defensa y promoción de los derechos humanos. Es decir, no solo resulta indispensable conocer lo que sucedió, sino que además requiere reconocerlo a fin de adoptar medidas de reparación efectivas, sean simbólicas o materiales. Que den garantías de una no repetición.

La implementación de medidas de reparación puede expresarse mediante actos de alto valor simbólico como puede ser el reconocimiento de la multinacionalidad estatal. El uso o el rescate de elementos históricos propios de cada uno de los grupos etno nacionales. La restitución de objetos, revisión de currículums de enseñanza⁶⁸⁵. La declaración de oficialidad de lenguas y actos de perdón del Estado.

Un aspecto importante lo constituye la petición de perdón estatal frente a situaciones de violaciones sistemáticas de derechos sufridas por los pueblos indígenas. El gobierno de

⁶⁸⁴ Asch, M. Borrows, J. Tully, J. (2018). Op. Cit.

⁶⁸⁵ El primer ministro de Canadá, Sr. Justin Trudeau, Al momento de la entrega de las conclusiones del informe de Verdad y Reconciliación en el año 2016, pidió pública y formalmente perdón en nombre de la corona canadiense a las Naciones Indígenas por las violaciones masivas de DDHH cometidas con ocasión de los internados indígenas que funcionaron en dicho país hasta la década de los sesenta. Ellsworth, B. (2021). El primer ministro de Canadá pide perdón por los restos de niños indígenas descubiertos en cientos de tumbas. *Anadolu Agency*. <https://www.aa.com.tr/es/mundo/el-primer-ministro-de-canad%C3%A1-pide-perd%C3%B3n-por-los-restos-de-ni%C3%B1os-ind%C3%ADgenas-descubiertos-en-cientos-de-tumbas/2285840>

Canadá mediante la Real Comisión de Verdad en 2008 -y Chile 2016- han oficialmente pedido perdón a los pueblos indígenas por el trato sufrido por el Estado desde su conformación.⁶⁸⁶ En efecto, el perdón para que sea efectivo debe ir acompañado de la adopción de medidas efectivas de reparación, caso contrario constituye una banalidad que profundiza la odiosidad que en nada contribuye a reparar y sanar heridas históricas.

Finalmente, y una vez analizado el concepto, contenido y alcance de los derechos colectivos en función del grupo reconocidos por el derecho internacional a los pueblos indígenas. Es del caso abordar mecanismos que permitan acomodar estas diferencias a partir del reconocimiento de derechos colectivos para ello exploramos tres modelos de derecho comparado que han resultado ser señeros en la forma que han consolidado un modelo acomodación constitucional de la diversidad etnonacional.

4.- Modelos comparados de acomodación de la diversidad: dos casos emblemáticos.

4.1.- Introducción y derecho comparado.

En lo que sigue se buscara realizar un comparación basada en criterios similares en relación a mecanismos o modelos de acomodación de la diversidad cultural dentro del Estado, basándonos en el examen de dos experiencias de constitucionalismo comparado, con miras a iluminar aquellos aspectos fundamentales que permiten su implementación institucional y constitucional en una realidad como la nuestra. En efecto, para quienes gustan de las versiones canónicas, se hace presente de inicio que en los párrafos siguientes no se utilizaran los criterios y metodología propia de la dogmática del derecho comparado, sino un simple análisis comparativo en base a criterios comunes previamente definidos a fin de contrastar elementos o cuestiones comunes de dos ordenamientos para entender cómo se han

⁶⁸⁶ En igual sentido podemos mencionar la petición de perdón que realizó la presidenta chilena Michel Bachelet en el año 2017 con ocasión de la presentación de las conclusiones del informe sobre la violencia en la Araucanía. Álvarez, R. (2017). Bachelet pide perdón al pueblo mapuche y presenta medidas para La Araucanía. *La Tercera*. <https://www.latercera.com/noticia/bachelet-pide-perdon-al-pueblo-mapuche-presenta-medidas-la-araucania/>

implementado modelos de acomodación tanto en Norte como Sudamérica. Estamos lejos de pretender realizar un análisis dogmático de derecho comparado entendido como:

*“aquellas fuente de carácter doctrinal, jurisprudencial, legislativo u genérico que tenga su origen en el derecho extranjero y que no constituya una fuente internacional vinculante en el ámbito doméstico”*⁶⁸⁷.

Por el contrario nuestra pretensión es más limitada, simplemente contrastar criterios comunes y extraer lecciones para Chile entendiendo que las tensiones de la diversidad subyacen a todas las sociedades, por lo que es posible establecer análisis comparativos. Del mismo modo es necesario tener presente que los modelos de acomodación de la diversidad independientemente su origen y naturaleza, estos presentan de un complejo entramado de instituciones que permiten una distribución del poder político cuyo objetivo consiste en administrar las relaciones entre grupos étnicos y minorías étnicas nacionales y el Estado. En su determinación confluyen factores sociales, étnicos, históricos, políticos y de relaciones centro-periferia al interior de cada comunidad política.

Tradicionalmente en la teoría del Estado se denomina a la distribución interna del poder estatal como “forma de Estado”, es decir la forma que adquiere y articula espacial y territorialmente la estructura del poder del cual el Estado es titular. Los mecanismos de acomodación implican la articulación de grados de distribución del poder estatal mediante la utilización de fórmulas como desconcentración, descentralización y distribución competencial del poder en distintos niveles dentro del territorio, como asimismo la determinación institucional de las relaciones entre los niveles nacionales y subnacionales.⁶⁸⁸ Como fue consignado en el primer capítulo, idealmente es posible clasificar las formas de Estado entre estados federales y unitarios.

En este caso se recurrirá a un análisis de derecho comparado en relación a las formas de Estado y a la acomodación constitucional de la diversidad en dos tradiciones distintas. La unitaria continental y la federal anglosajona. Para ello el análisis se enfocará por una parte el modelo español caracterizado como un Estado unitario de carácter regional, el Estado

⁶⁸⁷ Álvez, A. (2020). Op. Cit.

⁶⁸⁸ Nogueira, H; Cumplido, F. (1993). Op cit.

unitario colombiano y segundo el modelo de acomodación canadiense que corresponde a una forma de Estado federal asimétrico el cual proviene de la tradición anglosajona.

En esta mirada al constitucionalismo comparado, exploramos dos modelos de acomodación que constituyen referentes a seguir, el primero corresponde al modelo canadiense que tiene sus antecedentes en tiempos coloniales y la evolución se ha ido paulatinamente cristalizando constitucionalmente desde las guerras indias del siglo XVII constituyendo su hito más importante la reforma constitucional de 1982, y luego será abordado de manera resumida el modelo colombiano establecido en la constitución de 1991.

Estos dos modelos varían sustantivamente en su historia, evolución, nomenclaturas y densidad de atribuciones competenciales del Estado central y sus respectivas subunidades. Sin embargo, tienen en común que a pesar de los retrocesos, tensiones y obstáculos ambos se basan en mecanismos de redistribución del poder político, con combinaciones de desconcentración administrativa y descentralización a distintos niveles. La combinación de ellos ha permitido su consolidación como modelos eficientes de acomodación que han permitido canalizar institucionalmente las tensiones que entraña la diversidad etnonacional.

El siguiente análisis se realizará en torno a tres ejes centrales además de una breve contextualización de la normativa constitucional, así en primer término se expondrán algunos datos de contexto, segundo se identificará la dimensión normativa constitucional y luego la distribución simétrica o asimétrica de las competencias desde el Estado central hacia las subunidades nacionales. En cuanto a la dimensión normativa constitucional el análisis se centrará en el reconocimiento de derechos colectivos sean estos políticos, territoriales y culturales o de la polietnicidad.

4.2.- La acomodación constitucional en Canadá: la real proclamación de 1763, hasta la Comisión de Verdad y Reconciliación de 2015.

Canadá es probablemente uno de los países federales con mayores niveles de descentralización en derecho comparado. El extenso territorio canadiense se encuentra dividido en 10 provincias y 3 territorios autónomos. La distribución de atribuciones entre el gobierno central y provincial es una característica básica del Estado federal. En el sistema canadiense las provincias ejercen un gran poder dentro del sistema. Cada provincia goza de

un amplio régimen de autonomía establecido en la constitución, sus competencias permiten definir sus políticas y necesidades estableciendo el derecho de cada una de ellas a establecer su forma de gobierno. Por su parte, los territorios ejercen las atribuciones que el parlamento canadiense les delegue mediante una ley delegatoria. En gran medida el modelo federal canadiense tiene su explicación en la extensión territorial, historia y diversidad del país. En efecto Canadá refleja la coexistencia no solo de minorías subnacionales como es Quebec, sino también grupos preexistentes como son los pueblos indígenas, adicionalmente se encuentra entre los países con mayores niveles de migración, la sociedad canadiense es considerado a pesar de sus tensiones internas como el modelo de diversidad exitoso por antonomasia. Una de las explicaciones a esto dice relación con su historia y proceso de conformación como país, pues su existencia es el resultado de un paulatino proceso de incorporación de amplios territorios alejados de los centros de gobierno y con diferentes vinculaciones con la metrópoli británica.

4.2.1.- Cuestiones generales.

Las particularidades históricas hacen que este país cuente con una larga historia de hitos constitucionales los que no necesariamente conforman un texto único. Es necesario hacer presente que el proceso de separación de Canadá y Reino Unido fue lento, pacífico y gradual. No fue sino hasta las últimas décadas del siglo XX cuando Canadá obtiene su soberanía plena, dejando atrás la calidad de “dominio de la corona británica”.⁶⁸⁹ Esta situación de cercanía y dependencia con la metrópoli hacen que ambos países comparten características constitucionales comunes. En efecto, constituyen parte de los textos constitucionales canadienses documentos de origen británico como la *Carta Magna* de 1215 y el *Bill of Rights* de 1689.

El primer hito constitucional canadiense está dado por el tratado de París del año 1763 dicho acuerdo entre Francia e Inglaterra puso término a la guerra de los 7 años –las guerras indias- conflicto que fue una repercusión americana de la guerra europea entre La Corona Británica y Francia. En virtud del tratado de París, Francia se ve obligada a ceder sus

⁶⁸⁹ Dominio es una categoría utilizada por el imperio británico que daba cuenta de colonias dotadas de autonomías limitadas y supeditadas al poder central de la metrópolis.

territorios de Norteamérica a la corona inglesa. Entre los territorios cedidos se encontró la próspera provincia de Nueva Francia. Nueva Francia que comprendía las costas del río San Lorenzo hasta el sur de los Grandes Lagos. Este territorio constituye el núcleo de la actual provincia de Quebec.

En el año 1774 el parlamento inglés dicta la Ley de Quebec, normativa que reconocía la obligación británica de respetar el uso de la lengua francesa, la cultura latina, el derecho continental y religión católica entre la población de origen francés.

Luego en el año 1867 el Parlamento Westminster dictó la Ley Norteamérica Británica -en adelante LNAB-. La LNAB determina el nacimiento de Canadá y constituye una de sus bases constitucionales. En efecto, esta ley crea un sistema de gobierno independiente de la metrópoli y con carácter federal -llamado por algunos confederal-. La LNAB implicaba la unión de las cuatro provincias fundacionales de Canadá -Ontario, Quebec, Nueva Escocia y New Brunswick-, más tarde se sumaría Manitoba y Columbia británica. Estas incorporaciones dan forma al actual territorio canadiense. La LNAB crea el parlamento de Canadá entregándoles atribuciones limitadas y restringidas sujetas a la corona británica.

En el año 1931 el parlamento británico dicta el estatuto de Westminster dónde reconoce amplios derechos de autogobierno a Canadá. Este estatuto se hace extensivo no solo a la Norteamérica Británica, sino a gran parte de las colonias del Reino Unido.

Finalmente, un cuarto y fundamental documento está dado por la enmienda constitucional de 1982 o acta constitucional de 1982. Este texto fue dictado durante el gobierno del primer ministro canadiense Pierre Trudeau. El acta se considera como una parte fundamental de la constitución canadiense. En ella se modifica extiende y complementa la LNAB, agregándole un extenso catálogo de derechos políticos, civiles, sociales y el reconocimiento a las naciones indígenas. En igual sentido la carta de 1982 consolida la forma de gobierno federal. Junto a ello termina -oficialmente- toda dependencia con el gobierno británico, con excepción de la jefatura de Estado quien se mantiene en la corona británica.

Este proceso se denominó “*repatriación constitucional*” pues constituyó el paso final a la completa soberanía de Canadá como Estado independiente.⁶⁹⁰ En relación a la reforma de 1982 resulta importante hacer presente que en el proceso de elaboración y aprobación no contó con la participación activa de la provincia de Quebec. La ausencia de un consentimiento explícito de Quebec profundizó tensiones internas de la sociedad canadiense las que se arrastraban desde los años sesenta.

Una serie de negociaciones políticas buscaron incorporar a Quebec al acuerdo constitucional, para lo cual se iniciaron una serie complejos acuerdos políticos. Uno de los más conocidos fueron los denominados acuerdos del *Lago Meech* (1987). Esta ronda de negociaciones iniciada durante el gobierno del primer ministro conservador Brian Mulroney fue el primer gran intento de reincorporar a Quebec “*al consenso constitucional*”. Las negociaciones se desarrollaron de modo pragmático y en un principio se vislumbraron con cierto optimismo. La provincia de Quebec buscó y obtuvo el reconocimiento como una sociedad distinta en el marco de la sociedad canadiense, la concesión de atribuciones migratorias a fin de proteger su identidad y cultural, la limitación del poder federal de gasto público en áreas de competencia provincial, y el reconocimiento de participación de Quebec en la selección de jueces en el Tribunal Supremo. Las anteriores demandas fueron aceptadas por el gobierno conservador del entonces primer ministro Brian Mulroney⁶⁹¹.

Sin embargo, la enmienda constitucional de 1982 establecía la obligación constitucional de contar con una unanimidad provincial para reformar la constitución. Dicha obligación fue imposible de ser sorteada debido a la oposición sistemática de las provincias de Manitoba, New Foundland y New Brunswick para reconocer un estatus constitucional especial a Quebec. La oposición de estas provincias terminó por hacer fracasar el acuerdo constitucional a pesar de un último intento desesperado del primer ministro de Mulroney convocando a un segundo acuerdo en Charlestown, el que siguió el mismo destino. El rechazo a la modificación constitucional estimuló a los partidos nacionalistas quebequenses quienes de manera sistemática comenzaron a presionar por la realización de un referéndum

⁶⁹⁰ConstitutionNet. (2016). Constitutional history of Canada. *ConstitutionNet*. <https://constitutionnet.org/country/canada-latin-america>

⁶⁹¹ Canada | History, Population, Immigration, Capital, & Currency | Britannica. (2023). In *Encyclopædia Britannica*. <https://www.britannica.com/place/Canada>

soberanista. Del mismo modo ayudaron a profundizar el malestar una serie de decisiones judiciales de la Corte Suprema, especialmente en relación al reconocimiento de derechos culturales de Quebec que fueron vistos como una vulneración a los derechos lingüísticos reconocidos a dicha provincia.

Entre estos casos, el más conocido fue el caso “*Ford v. Quebec*” (1988).⁶⁹² En “*Ford Vs Quebec*” la Corte Suprema Canadiense – en adelante C.S.C- consideró que la prohibición de rotular comercialmente un producto en lengua distinta del francés violaba la libertad de expresión garantizada constitucionalmente. La reacción quebequesa fue rápida, procediendo a invocar la norma constitucional del artículo 33 de la Constitución el que reconoce el derecho de los parlamentos provinciales de suspender la aplicación de una sentencia haciendo uso de la cláusula *notwithstanding* (o cláusula no obstante) para impedir la aplicación de la resolución judicial de la Corte Suprema.⁶⁹³

En 1994 la victoria en las elecciones provinciales del Partido nacionalista Quebequense denominado el “*Bloc Quebecoise*”, no mejoraría el ambiente de unidad. El nuevo Premier de Quebec, Jacques Parizeau, pronto adoptó las primeras decisiones de cara a desplegar su propuesta secesionista. Hacia finales del año 1994 Quebec anunciaba un plebiscito por la soberanía provincial y transformaba la opción de la secesión en una posibilidad concreta. Contra todo pronóstico, en el referéndum (1995) la opción soberanista fue rechazada por un escaso margen. El desmembramiento de la federación fue evitado pero la crisis constitucional no terminó con la votación.

Los intentos de distensión comenzaron con la discutible decisión de aprobar la ley federal que regulaba la iniciativa de las modificaciones constitucionales ordinarias (1996), es decir, de las no afectadas por la regla de la unanimidad entre la federación y las provincias. Se pretendía garantizar el consentimiento previo de Quebec, aunque situando en posición equivalente a Ontario, Columbia Británica y resto de las provincias agrupadas en dos regiones.⁶⁹⁴ De esta manera, la norma se alejaba de la tesis de la dualidad canadiense

⁶⁹² Supreme Court Judgment. Case number 20306. Report [1988] 2 SCR 712. 15 de diciembre de 1988. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/384/index.do>

⁶⁹³ Ibidem.

⁶⁹⁴ Canada | History, Population, Immigration, Capital, & Currency | Britannica. (2023). In Encyclopædia Britannica. <https://www.britannica.com/place/Canada>

sostenida por Quebec, aunque también parecía dificultar la plena reintegración del territorio al generalizar la regla de la unanimidad en toda modificación constitucional.

En esta situación, en 1998 ante la consulta efectuada por el gobierno federal la Corte se pronunció sobre la existencia de un eventual derecho a la secesión de Quebec. En el dictamen consultivo, la Corte respondió a la pregunta formulada por el gobierno federal sobre si el derecho internacional o el derecho interno otorgaban a Quebec un derecho de secesión unilateral. El Tribunal, tras un detallado examen del derecho internacional, rechazó el reconocimiento de un derecho de autodeterminación aplicable a Quebec, situado en el derecho interno, estimó que el texto de la constitución canadiense ha de ser interpretado no conforme a las pautas originales proporcionadas por los padres de la confederación, sino como un sistema vivo vertebrado por los principios del federalismo, la democracia, el constitucionalismo, el imperio de la ley y la protección de las minorías.⁶⁹⁵

En el fallo la Corte, intentó conciliar el valor de la legalidad sostenido por la parte federal con el valor de la democracia hecho valer por la parte provincial. Así, al igual que la democracia no puede ser concebida sin ley, la ley no puede ignorar la voluntad mayoritaria de los ciudadanos. Concluyendo que las aspiraciones secesionistas deben ser administradas mediante los canales institucionales es decir mediante normativas constitucionales. Las anteriores premisas permiten al Tribunal reconocer el valor que cabe otorgar al referéndum como expresión de la voluntad popular, lo que le obligaba a estimar, conforme al principio democrático, que la voluntad de separación debe ser decidida si y sólo si la decisión es adoptada de un modo democrático por un peso “considerable” del electorado Quebecuense⁶⁹⁶. El cual debería ser una expresión clara e indubitable de la voluntad de separación de la federación. Tal expresión clara a favor de la secesión legitimaría la pretensión del Ejecutivo quebequés de iniciar un proceso negociador de la reforma constitucional que hiciera viable la misma independencia. La Corte no estableció el alcance de los conceptos de “mayoría clara” y del “deber de negociar”. De esta manera remite su

⁶⁹⁵ Cuenca, A. (2013). “Canadá y la cuestión de Quebec (II): La Separación-Integración de Quebec En La Federación Canadiense: Evolución y Situación Actual.” Cuadernos de Pensamiento Político, no. 40 75–98. <http://www.jstor.org/stable/23511962>.

⁶⁹⁶ Mendo, C. (1998). El Tribunal Supremo de Canadá niega a Quebec el derecho a la secesión. *El País*. https://elpais.com/diario/1998/08/21/internacional/903650410_850215.html

determinación al espacio de la negociación política. En todo caso, está claro que la premisa de respetar el resultado de las negociaciones podría conducir a la secesión, siempre dentro del orden establecido, es decir, siguiendo los procedimientos de reforma constitucional aplicables.

Los años que siguieron al referéndum se encuentran marcados por la llegada al gobierno federal del conservador Stephen Harper (2006-2014). La gestión de Harper impulsó el llamado *Open Federalism*⁶⁹⁷. Su plan de gobierno buscaba limitar el poder de gasto y la actuación de la federación ajustándose a las verdaderas prioridades nacionales como la defensa, crecimiento económico o la unión comercial con EE.UU. En la última década la victoria liberal encabezada por el quebequense Justin Trudeau ha conllevado a la adopción del llamado federalismo de reconciliación. Este modelo incorpora la adopción de potentes medidas simbólicas y un alto grado de pragmatismo en la búsqueda de administrar las tensiones entre Quebec y el resto de la federación.

El nuevo sistema de designación de los magistrados de la Corte Suprema , donde Quebec tiene el derecho a designar parcialmente a los jueces, como asimismo el incremento de las inversiones federales en infraestructuras o la consolidación del uso del francés en diversos ámbitos han sido factores que han contribuido a la distensión entre Quebec y el resto de las provincias, permitiendo administrar institucionalmente el malestar de Quebec.⁶⁹⁸ En paralelo, el gobierno Trudeau ha debido conciliar posiciones con los indígenas. Para ello ordenó la extensión del mandato de la Comisión de Verdad Histórica con la finalidad de revisar las relaciones históricas con las Naciones Indígenas en especial a partir de las denuncias históricas sobre las residencias escolares.

4.2.2.- Federalismo canadiense, competencias y atribuciones.

La constitución canadiense de fuerte anclaje en la tradición jurídica británica. Consagra una clase de gobierno monárquico constitucional de carácter parlamentario. Donde

⁶⁹⁷ Atlas. (2015). Open Federalism. *Atlas of Public Management*.
<http://www.atlas101.ca/pm/concepts/open-federalism/>

⁶⁹⁸ Cuenca, A. (2013). Op cit.

el jefe de Estado se radica en el monarca británico. El rey ejerce sus poderes mediante la delegación en un gobernador general de Canadá. Huelga destacar que los poderes de la corona son más bien simbólicos y al tratarse de una monarquía constitucional están claramente delimitados a cuestiones de carácter protocolar. Como señala Samper en su texto sobre la constitución canadiense:

“Es conveniente hacer un paréntesis en este punto para destacar que Canadá tiene como forma de gobierno una monarquía constitucional, es decir que los poderes supremos residen en la Corona. Hoy día, no obstante que la Reina es la cabeza formal del Estado, todos sus poderes y responsabilidades han sido transferidos al Gobernador General y su oficina aún depende de un instrumento privilegiado. Ahora bien, el Primer Ministro es quien ejerce las funciones de jefe de Gobierno en Canadá. Si bien es cierto que en la formación del gobierno es deber del Gobernador General nombrar formalmente el Primer Ministro, no es menos cierto que el Gobernador General no tiene real incidencia en su nombramiento, puesto que él o ella debe nombrar el líder del partido político que tenga la mayoría de sillas en la Cámara de los Comunes (House of Commons)”⁶⁹⁹.

El Primer Ministro una vez designado como jefe de Gobierno, nombra al gabinete y avisa al Gobernador General de nombrarlos formalmente. Igualmente destacó que es característica de un sistema de Gobierno Responsable que el Primer Ministro y todos sus ministros sean miembros del Parlamento. Junto con la jefatura de Estado el ejecutivo está conformado por el jefe de gobierno. Las relaciones entre ejecutivo y legislativo se encuentran articulados en base al sistema de contrapesos mutuos entre el ejecutivo y el legislativo. Contemplando la posibilidad de la censura parlamentaria y la iniciativa de disolución del parlamento y convocatoria a elecciones.

Por su parte, el legislativo radica en un parlamento que se encuentra conformado por dos ramas, la cámara de los comunes - de diputados- que representa al pueblo de Canadá y el senado federal que representa a las provincias y territorios en los cuales se divide

⁶⁹⁹ Matheus, L. (2004). Introducción al estudio de la Constitución de Canadá. *Revista de Derecho*. 22, (22). 254-271. <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102211.pdf>

políticamente el país. Mientras la cámara de representantes cuenta con un número de 308 curules, el senado 105 este último está determinado según provincias o territorios.

La forma de Estado federal asimétrica propia del modelo canadiense. Divide su territorio en dos tipos de figuras. Las provincias y los territorios. Ambos gozan de estatus jurídicos diferentes. Mientras las primeras cuentan con una descentralización profunda en materia política, económica, administrativa y jurisdiccional. Los territorios dependen directamente del parlamento federal. Órgano que debe dictar leyes delegatorias de descentralización para la administración y gobierno territorial.

Las autoridades federales y las provinciales se encuentran coordinadas. Es decir que ninguna está subordinada a la otra. Por ejemplo, los poderes de la Asamblea de la provincia de Quebec no son otorgados por el Parlamento de Canadá. Por tanto, este último no cuenta con atribuciones de modificar o prohibir algún poder de la Legislatura de Quebec y viceversa.

Las competencias y atribuciones del gobierno federal y provincial se encuentran definidas en la constitución. En efecto respectivamente en el artículo 91 en relación a las atribuciones federales y en el 92 en relación a las provincias. Dividiendo los poderes legislativos de los niveles de gobierno federal y provincial en dos listas diferenciadas, donde cada nivel de gobierno es soberano en su propio ámbito, y los poderes residuales corresponden al gobierno federal. Las provincias y territorios, al igual que la Federación, cuentan con una Constitución regula el funcionamiento de sus instituciones fundamentales. En este sentido cada territorio y provincia cuenta con una norma fundamental cuya dictación se encuentra considerada dentro de sus atribuciones. Estas evidentemente no pueden entrar en contradicción con la constitución federal. Las tensiones entre el gobierno central y las provincias en materias competenciales deben ser dirimidas por la Corte Suprema.

Así en la constitución se reconocen importantes atribuciones en materia de responsabilidad federal respecto de materias como las relaciones internacionales, decisiones militares, definición de normas de navegación y política financiera nacional, ley criminal y las relaciones con las naciones indígenas. Todas estas atribuciones se encuentran radicadas en el gobierno federal canadiense. Junto con las máximas atribuciones legislativas específicas, al gobierno federal canadiense corresponde el ejercicio de otras amplias atribuciones que potencialmente pueden incidir en la gestión de los recursos naturales. Al

incorporarse una cláusula residual con la atribución general de legislar en los casos contemplados en la sección 91 de la constitución. Que al respecto el articulado señala:

“Se podrá legislar con el consentimiento del senado y la cámara de representantes ... en beneficio de la paz, el orden y el buen gobierno en todas aquellas materias que no se encuentran dentro de aquellas atribuciones asignadas a los gobiernos provinciales de Canadá.”^{700 701}.

Más allá de la atribución que tiene el gobierno federal de actuar en virtud del poder de la paz, el orden y buen gobierno. El gobierno federal de Canadá, en las últimas décadas, ha sido reticente a la hora de invocar el interés nacional explícitamente como fundamento para la reglamentación federal de la gestión de los recursos naturales, y ha mostrado una marcada preferencia por recurrir a máximos poderes concretos en la Constitución, dejando de lado la interpretación extensiva de la sección 91 de la Constitución Canadiense.

4.2.3.- Canadá y derechos de los pueblos indígenas.

La relación entre Canadá y las naciones indígenas ha sido complicada desde el nacimiento del asentamiento europeo hasta nuestros días. Desde el descubrimiento hasta la época colonial la relación ha oscilado entre alianzas y enemistades dependiendo del contexto histórico. La corona británica y francesa celebró tratados con los pueblos indígenas dependiendo de la articulación de fuerzas en el continente europeo. Así los pueblos indígenas participaron de las guerras entre franceses y británicos. Para luego participar en la guerra de independencia norteamericana y sus escaramuzas posteriores.

En 1860 el gobierno colonial británico aprobó la ley de tierras indígenas, en virtud de la cual se creó una figura colonial a cargo de la relación con los pueblos, bandas y tribus indígenas. Dicha legislación entregaba a la corona inglesa la propiedad y administración de las tierras indígenas a través de medidas como su incorporación al sistema registral británico y la restricción de la adquisición de la calidad indígena con la finalidad de asimilar a los

⁷⁰⁰ Distribution of Legislative Powers of the Parliament Legislative Authority of Parliament of Canada N° 91. Constitution Acts 1867 to 1982: Table of Contents. (2023). Archive.org. <https://web.archive.org/web/20060427011140/http://laws.justice.gc.ca/en/const/index.html>

⁷⁰¹ La traducción es propia.

pueblos indígenas. Estas medidas volvieron más difícil el reconocimiento indígena estableciendo medidas su condición de miembros de tribus o bandas indígenas, por ejemplo, las mujeres aborígenes que se casaron con hombres no aborígenes perdieron su calidad de indígena y comenzaron a ser consideradas británicas. Igualmente el gobierno federal eliminó las atribuciones que se reconocían a las jefaturas tradicionales indígenas; por ejemplo, la ley de 1869 para la emancipación gradual de los indios hizo que el Superintendente General de Asuntos Indígenas tuviera la última palabra en las elecciones comunitarias.⁷⁰² Incluso podía deponer a los jefes electos. En efecto dicha ley otorgó a las provincias la autoridad legislativa para dictar leyes sobre las tierras de la corona, en algunas provincias los tratados no fueron respetados y las comunidades indígenas perdieron su acceso a la tierra y recursos y sus derechos de cosecha sobre ellas.

Según la estructura de gobierno de Canadá la especificidad de la regulación sobre gobiernos indígenas se establece a la Ley Constitucional de 1867. En efecto, en su artículo 91 autoriza al Parlamento de Canadá a aprobar legislación referida a los *“indígenas sus tierras y su protección”*.

En la actualidad, esta sección ha suscitado algunos pronunciamientos de la Corte en torno al alcance de los poderes federales en ella consagrados. Pero el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas ha ido abriéndose camino en los últimos años, dando lugar a importantes reformas constitucionales durante las décadas de los ochenta y noventa. Así la enmienda Constitucional de 1982 define a los Pueblos Indígenas de Canadá y les reconoce derechos colectivos específicos. Los que serán mencionados resumidamente a continuación.

a.- Derechos políticos y autodeterminación. El autogobierno indígena.

En Canadá, el artículo 35 de la Ley constitucional de 1982 reconoce a los Indios, Inuit y Metis como pueblos aborígenes cuyos derechos aborígenes y de tratados están constitucionalmente afirmados y protegidos. El reconocimiento constitucional también puede

⁷⁰² Arsenault, V. (2015). “The Canadian Government and Aboriginal Peoples.” Resistance to the Canadian Truth and Reconciliation Commission. Swisspeace. <http://www.jstor.org/stable/resrep11074.7>.

servir como una restricción efectiva a las acciones estatales que afectan negativamente la condición, los derechos y las libertades indígenas. Por ejemplo, el Tribunal Supremo del Canadá sostuvo que, si bien los gobiernos federales pueden regular los derechos constitucionales indígenas, su autoridad para hacerlo está estrictamente limitada⁷⁰³.

El reconocimiento constitucional allanó el camino para una nueva política federal que reconoció un derecho inherente al autogobierno aborígen en 1995 y los derechos aborígenes, incluidos los derechos a la recolección de tierras y recursos y el derecho a ser consultado y tratado honorablemente por los gobiernos federal y provincial del Canadá. El autogobierno ha sido negociado por las Primeras Naciones en Yukón, Inuit de Nunavut y en Columbia Británica.

En otras partes de Canadá, el pueblo Cree del norte de Quebec y el pueblo Sechelt en la Columbia Británica ejercen una forma municipal mejorada de autogobierno. En Nunavut, los Inuit ejercen una forma de autogobierno a través de instituciones de gobierno público que sirven tanto a los Inuit como a los no inuit en la región.

En relación a la autonomía local, aplicable a los derechos al autogobierno, la Corte Suprema Canadiense ha interpretado este derecho de manera restringida. Así lo demostró con ocasión del caso “*East York (Borough) v. Ontario (Attorney General)*”. Este fallo resulta importante para entender la autonomía, toda vez que dentro de las reivindicaciones de los Pueblos Indígenas destaca el reconocimiento del derecho a la autonomía y autogobierno. Los pueblos originarios de Canadá demandan el reconocimiento de sus formas tradicionales de autogobierno y territorios. Sin embargo, no existe una postura clara del Estado canadiense en relación a dicha demanda.⁷⁰⁴

En el caso de “*York y Ontario*”, la Corte suprema. interpretó que la autonomía y autogobierno de los órganos provinciales constaba de cuatro características fundamentales: Uno, instituciones locales o provinciales no tienen estatus constitucional; dos, las instituciones tienen un origen en el parlamento provincial y existen en tanto y cuanto las atribuciones y facultades que la ley les reconoce y solo en la medida de dicho reconocimiento

⁷⁰³ Ibidem.

⁷⁰⁴ Díez, S. (2009). Entes Locales, Constitución y Federalismo Canadiense. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 86, pp. 217-251 <https://www.jstor.org/stable/24885985>

establezca la legislación; tres, las instituciones locales no tienen autonomía independiente del Parlamento -provincial- y se someten a la dependencia de cada provincia; cuatro, estos órganos sólo pueden ejercer los poderes que se les confieren y no más allá de aquellos. En definitiva la corte determina que este tipo de autonomía – de rango local- como la que pueden aspirar las organizaciones indígenas, gozarán de un rango de autonomía provincial, limitada y acotada territorial y competencialmente dependiente del gobierno provincial sin una vinculación al gobierno federal.

En cuanto al deber de consulta en la constitución de Canadá y sin perjuicio de lo expuesto en los acápites anteriores, huelga destacar que la constitución y el gobierno federal reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones en asuntos que afecten sus derechos a través de sus propias instituciones representativas y la necesidad de consultar y cooperar de buena fe con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Los estándares y el objetivo de esta consulta son más altos que los establecidos en el derecho internacional y comparado, constituyendo además un deber constitucional a favor de los indígenas.

b.- Derechos territoriales y recursos naturales.

Los derechos indígenas provenientes de tratados han dado lugar a la negociación de tratados modernos entre pueblos indígenas y la corona. En estos tratados el gobierno de Canadá ha reconocido a diversos pueblos indígenas derechos exclusivos y compartidos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, incluyendo en algunos casos derechos al subsuelo. Los tratados han incluido derechos de pesca y caza, participación en la administración sobre espacios territoriales, compensación financiera, participación en las utilidades de actividades económicas en sus territorios, y apoyo al desarrollo.

Entre el periodo que media desde 1973 y 2020 cerca de 25 tratados o acuerdos comprensibles por reclamaciones de tierras (*comprehensive land claim agreements*) , y que han sido suscritos por Canadá, y en algunos casos por las provincias, cubriendo alrededor del

40% del territorio canadiense.⁷⁰⁵ A contar del tratado celebrado con el pueblo “*Nisgaa*” en el año 2000, donde se reconocieron los mecanismos de autogobierno indígena en materias políticas y económicas, incluyendo la gobernanza sobre los recursos naturales, han sido establecidos y pactados entre la Corona y las Primeras Naciones nuevos tratados distintos a los tratados históricos. Los mismos tratados han resultado en la transferencia de importantes recursos económicos a los pueblos indígenas como compensación por sus derechos sobre sus tierras.⁷⁰⁶

No obstante lo anterior, aún subsisten muchas reclamaciones indígenas sobre vastos territorios sin ser resueltas, en particular en Columbia Británica y los territorios al norte del paralelo 60° - zona ártica canadiense- Igualmente, los pueblos indígenas cuestionan la falta de implementación de los denominados “tratados modernos” suscritos con el gobierno federal. Siendo una de sus principales debilidades la excesiva judicialización – y demora- de las reclamaciones por la restitución de tierras indígenas.⁷⁰⁷

En relación a los recursos naturales plantea el predominio provincial en la gestión de dichos recursos. El predominio de las provincias en la gestión de recursos refleja probablemente un consenso en Canadá respecto a que las provincias deberían ser en general las dueñas de sus recursos naturales, pero existen cuestionamientos sobre si esta hegemonía provincial ha dado buenos resultados, sobre todo en el caso de la gestión de las aguas “*interjurisdiccionales*”.⁷⁰⁸

La literatura sobre federalismo canadiense ha manifestado sus reservas a frente a estas atribuciones especialmente en la regulación de las denominadas aguas interjurisdiccionales, señalando:

⁷⁰⁵ Ibidem

⁷⁰⁶ Aylwin, J. (2013). Mercados y derechos globales: implicaciones para los pueblos indígenas de América Latina y Canadá. *Revista de Derecho Valdivia*. 67 – 91. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sciabstract&pid=S0718-09502013000200003&lng=es&nrm=i>

⁷⁰⁷ Arsenault, V. (2015). Op. Cit.

⁷⁰⁸ Entenderemos por aguas jurisdiccionales aquellas que se encuentran entre distintas provincias o territorios o bien de competencia compartida entre EE.UU. y Canadá.

“Existen razones de peso a favor de la autoridad central para garantizar el manejo de cuencas integrado y el respeto por los valores básicos del federalismo relativos a los criterios de democracia y eficacia funcional”⁷⁰⁹.

En el caso de la cuenca Mackenzie - acceso a recursos naturales interprovinciales - el gobierno federal impuso su autoridad para asumir medidas y, si fuera necesario, medidas unilaterales para gestionar el agua en cuencas donde la calidad de las aguas se ha convertido en una preocupación nacional.

En la práctica, sin embargo, lo más frecuente es que cuando el gobierno federal ha buscado incidir en la administración de los recursos naturales, ha decidido emplear su poder de gasto, generalmente en forma de programas de costos compartidos y negociados con las provincias, sin entrometerse en las competencias de cada provincia.

Por otro lado, los gobiernos provinciales gozan de una autoridad mucho más amplia a diferencia de las limitaciones que se han evidenciado en el gobierno federal. Esta autoridad tiene una naturaleza tanto propietaria como legislativa. Como resultado, es en el nivel provincial donde se encuentra la autoridad amplia necesaria para gestionar los recursos naturales de manera integral.

El carácter predominante de las provincias en la gestión de los recursos naturales se ha reforzado en los últimos años como consecuencia de una consideración práctica. A medida que las provincias se han implicado en la gestión de sus reservas de recursos naturales, estas han adquirido necesariamente la experiencia asociada y el personal profesional para llevar eficientemente a cabo dicha gestión sobre los recursos. En consecuencia, las provincias representan el nivel de gobierno que tiene las atribuciones para regular el acceso y gestión de los recursos naturales emplazados en sus respectivos territorios, ello se ha ido consolidando a partir de la nutrida jurisprudencia de la Corte de Canadá.⁷¹⁰

Para finalizar, si bien la legislación canadiense se encuentra cruzada por las disputas entre las competencias federales y provinciales la incorporación de actores locales,

⁷⁰⁹ Kennett, Steven A (1992), *The Design of Federalism and Water Resource Management in Canada*. Institute of Intergovernmental Relations. p. 48.

⁷¹⁰ Arsenault, V. (2015). Op. Cit.

especialmente en territorios indígenas, en la gestión de recursos naturales parece encontrarse instalada. Sin embargo, la incorporación de la mirada de los pueblos indígenas en dicha gestión, sigue presente una fuerte tensión entre el gobierno federal, las provincias y las primeras naciones.

c.- Derechos de la polietnicidad. verdad, memoria y reconciliación.

En relación a los derechos culturales, la constitución canadiense. Ha establecido un reconocimiento explícito a las culturas de las naciones originarias. Estableciendo una serie de derechos culturales, lingüísticos y de derecho consuetudinario en particular en los territorios indígenas.

En cuanto a los reconocimientos de carácter simbólico el gobierno canadiense en el año 2008 convocó a una Comisión de Verdad Histórica a fin de conocer las denuncias contra el sistema de residencias estudiantiles indígenas, que funcionaron hasta finales de la década del 90 del siglo XX.

La Comisión de Verdad Histórica y Reconciliación funcionó desde 2008 hasta junio de 2015 y estuvo compuesta por un amplio y variado número de especialistas indígenas y no indígenas. Se conocieron testimonios de víctimas directas y su finalidad consistió en conocer y reconocer el legado del sistema de *Residential Schools*. Las residenciales fueron implementadas por el gobierno canadiense desde el siglo XIX y funcionaron hasta la década de 1960. El macabro legado de muerte, desamparo y desarraigo se arrastra hasta nuestros días y ha sido calificado como un genocidio cultural emprendido contra los indígenas canadienses.

El informe de la Comisión fue presentado oficialmente en 2015 y dio cuenta de un exhaustivo trabajo de documentación histórica, constatando situaciones de vulneraciones masivas sufridas por los indígenas. Adicionalmente propone una extensa batería de medidas

de reparación, reconocimiento, reparación y garantías de no repetición para los pueblos o naciones originarias de Canadá.⁷¹¹

El informe final de la comisión fue presentado en 2015 por el primer ministro Trudeau. El trabajo de la comisión buscó promover los niveles de conciencia entre la población de malos tratos sometidos históricamente a los indígenas, dar cuenta de la memoria indígena en la historia canadiense y la adopción de medidas de no repetición. En el trabajo final de la comisión se calificó el trato hacia los indígenas como un caso de “*genocidio cultural*”⁷¹².

Entre las medidas propuestas por la Comisión se encuentra el rescate de las memorias de los pueblos indígenas víctimas de este genocidio. Ello mediante la implementación de políticas educacionales en los currículos de formación, el establecimiento de monumentos, conmemoraciones oficiales, archivos y museos de libre acceso y con financiamiento estatal que permitan conocer la historia de los pueblos indígenas. Para relevar la historia de sufrimiento de los niños, jóvenes y mujeres desaparecidos y asesinados, compensaciones y estableciendo garantías de no repetición.⁷¹³

En efecto lo que se busca es revisitar la historia colonial de Canadá y el tratamiento de los pueblos aborígenes. Para no olvidar el genocidio del cual fueron víctimas los pueblos indígenas en Canadá.

4.2.4.- Interpretación judicial de las competencias: Rol de la Corte Suprema Canadiense (CSC.).

El rol de la Corte Suprema es sumamente importante en cualquier conflicto que se presente derivado de la distribución de las atribuciones competenciales. La intervención del

⁷¹¹ Gómez, P. (2015). Informe de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Canadá. *Radio Canadá Internacional*. <https://www.rcinet.ca/es/2015/06/03/informe-de-la-comision-para-la-verdad-y-la-reconciliacion-de-canada/>

⁷¹² Government of Canada. (2022). *Truth and Reconciliation Commission of Canada*. <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1450124405592/1529106060525>

⁷¹³ The Truth and Reconciliation Commission of Canada. (2015). Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada. https://ehprnh2mwo3.exactdn.com/wp-content/uploads/2021/01/Executive_Summary_English_Web.pdf

poder judicial constituye un control de la legislación para determinar la validez de la legislación provincial y federal atendida que es a la corte a quien corresponde la interpretación final del texto constitucional.⁷¹⁴

El control jurisdiccional constitucional es, por tanto, un mecanismo por medio del cual las Cortes determinan si el ejercicio del poder del órgano público está en conformidad con la Constitución. La distribución del poder legislativo entre el Parlamento federal y las asambleas provinciales está contenida principalmente en los artículos – secciones – N° 91 y 92 del Acta Constitucional de 1867. El artículo 91 enumera las clases de temas que son de competencia exclusiva del parlamento federal y la sección 92 enumera aquellas materias que son de competencia exclusiva de las asambleas provinciales.⁷¹⁵

La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la delimitación de las competencias intergubernamentales. Así, en la sentencia “*Fowler vs The Queen*” de 1980.⁷¹⁶ La Corte con ocasión de una infracción de la legislación sectorial dictada por el gobierno federal, determinó su derogación por exceder las atribuciones conferidas por la constitución al gobierno federal. Y finalmente agrega un asunto relevante para la determinación de las respectivas atribuciones:

“El poder conferido al Parlamento [federal] no es un poder amplio para legislar en relación con la paz, el orden y el buen gobierno. El poder contenido en el párrafo inicial de la sección 91 es solo legislar para la paz, el orden y el buen gobierno de Canadá en asuntos que no se asignan exclusivamente a las provincias...[en consecuencia] El asunto en cuestión no califica como asunto de interés nacional y, dado que no podría sostenerse como un asunto de emergencia nacional. Por lo tanto, no se encuentra justificada la invocación de legislar en virtud de la paz, el orden y el buen gobierno en los términos de la sección 91 de la constitución”⁷¹⁷.

⁷¹⁴ Arsenault, V. (2015). Op. Cit.

⁷¹⁵ Cuenca, A. (2013). Op. Cit.

⁷¹⁶ Supreme Court of Canada. Report [1980] 2 SCR 213. 17 de junio de 1980.

⁷¹⁷ Traducción propia.

En el modelo de federalismo canadiense, la tendencia de la jurisprudencia constitucional, especialmente en las últimas décadas, ha sido hacer una interpretación restrictiva de los poderes federales limitándose al máximo nivel privilegiando el poder de las subunidades nacionales.⁷¹⁸

En el proceso del control judicial deben seguir dos etapas: La primera es identificar la materia de la norma discutida, es decir, la caracterización de la ley. Para luego, realizar una segunda, resolver el asunto controvertido mediante la ponderación de la o las normas constitucionales, es decir, la interpretación de las normas de distribución de poderes.⁷¹⁹

Como queda en evidencia, la Corte ha jugado un rol central en esta delimitación de competencias y atribuciones federal- provincial particularmente en la distinción de las facultades provinciales y estatales relativas a la gestión de recursos naturales. Así se ha pronunciado exigiendo la demostración de entre la adopción de medidas de política sobre acceso de recursos naturales.⁷²⁰ Incluso en la aparente voluntad de la Corte de utilizar el poder del derecho penal para respaldar la legislación medioambiental federal y el acceso a los recursos naturales.

⁷¹⁸ Arsenault, Virginia. (2015). Op cit.

⁷¹⁹ Ibidem.

⁷²⁰ Can LII. (1980). *Northwest Falling Contractors Ltd. v The Queen* 2 SCR 292. <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1980/1980canlii210/1980canlii210.html>

4.3.- La constitución Colombiana de 1991. Un modelo de acomodación desde Latinoamérica.

Colombia es un país étnica y culturalmente diverso ubicado en el centro del continente americano, se caracteriza por su gran diversidad no solo poblacional sino también ecológica y ecosistémica.⁷²¹ En su territorio no solo coexisten 102 pueblos indígenas sino también un porcentaje significativo de población de origen afrodescendiente. En total, tanto indígenas como afrodescendientes ascienden al 12% de la población nacional. Tratándose mayoritariamente de población rural toda vez que tan solo un 22% vive en zonas urbanas.⁷²²

4.3.1.- Antecedentes generales: acomodación constitucional en Colombia.

La historia constitucional colombiana no dista en demasía del resto de la historia latinoamericana. Sus constituciones desde la independencia en adelante se encontraron basadas en el principio del constitucionalismo clásico, la idea de igualdad como no discriminación, neutralidad estatal y ceguera ante la diferencia. Ello significó la exclusión de sectores relevantes de la sociedad colombiana, como son los indígenas y afrodescendientes.

Durante el siglo XX, las debilidades institucionales y la inestabilidad política sufrida por el país determinaron que vastos sectores de la sociedad colombiana se encontraran imposibilitados en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Las continuas guerras externas o internas caracterizaron el escenario colombiano desde las primeras décadas del siglo XX. Desde los años cincuenta la inestabilidad política dio paso a la aparición de violencia guerrillera y luego el narcoterrorismo estos hechos configuraron un escenario devastador para Colombia. Entre estos sectores más afectados se encuentran los pueblos indígenas y afrodescendientes. Quienes fueron víctimas de persecución, ataques y pérdida de sus tierras comunales.

La dictación de la constitución de 1991, constituyó el hito que marca el inicio de un nuevo ciclo en la política colombiana pero también que también latinoamericana. La

⁷²¹ Minciencias. (2018). *Colombia, el segundo país más biodiverso del mundo*. Minciencias. https://minciencias.gov.co/sala_de_prensa/colombia-el-segundo-pais-mas-biodiverso-del-mundo

⁷²² Censo 2005 como se cita en: Rodríguez, G. (2015). *Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*. Editorial Universidad del Rosario primera edición 2015 Colombia. (19) Pp 175.

dictación de una constitución completamente democrática responde a una necesidad de la sociedad por democratizar sus instituciones y recuperar la legitimidad del Estado frente sus ciudadanos haciendo más accesible la protección de sus derechos fundamentales. El proceso de discusión y aprobación de la carta colombiana se caracterizó por la elección de una Asamblea Nacional Constituyente que representó a todos los sectores democráticos de la sociedad colombiana, incluso incorporando la participación de los pueblos indígenas mediante la fórmula de escaños reservados. El nuevo texto constitucional colombiano entró en vigencia en julio de 1991 convirtiéndose en la constitución más progresista de América latina hasta ese momento⁷²³.

Esta nueva carta fundamental constituyó uno de los ejemplos más paradigmáticos de aceptación del multiculturalismo en Latinoamérica. En ella se consagran una serie de derechos a indígenas en diversas materias, la autodeterminación, derechos políticos, el acceso a los recursos naturales, derecho al territorio, etc.. Desde la dictación de la constitución se ha ido desarrollado toda una doctrina o práctica institucional, especialmente de la Corte Constitucional Colombiana (en adelante la Corte o CCC.), que favorece al respeto, aceptación de las diferencias culturales estableciendo además los límites de las autonomías indígenas.

Este reconocimiento constitucional ha sido complementado con la dictación de una variada legislación a fin de implementar las garantías reconocidas por la Constitución y la ratificación de instrumentos internacionales como el Convenio 169 que tiene el carácter de ley de la república desde 1992.⁷²⁴

En sus primeros artículos el constituyente declara que Colombia es un Estado social de derecho y pluralista cuya esencia se funda en la dignidad de la persona humana.⁷²⁵ En igual sentido, la aprobación de la constitución en 1991 permite por primera vez en la historia visibilizar la existencia de los indígenas y sus derechos específicos y adicionalmente

⁷²³ Sánchez, E. (2000). Op. Cit.

⁷²⁴ Quintero, J. (2022). Universidad Externado de Colombia. Universidad Externado de Colombia. <https://www.uexternado.edu.co/ciencias-sociales-y-humanas/a-30-anos-de-la-ratificacion-del-convenio-169-de-la-oit-y-la-guajira-que/>

⁷²⁵ Constitución Política de la República de Colombia. [Const]. Julio de 1991. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

promueve las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva adoptando medidas a favor de grupos más discriminados y marginados de la sociedad nacional.

4.3.2.- Características de la constitución de 1991. Un estado social, descentralizado, democrático y multicultural.

La constitución colombiana – en adelante C. C.- presenta características que la hacen única en el ecosistema de constituciones latinoamericanas. En efecto al declarar a Colombia como un Estado social de derecho expresando en su Artículo 1, lo siguiente.

“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales democrática participativa y pluralista fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general”⁷²⁵.

En cuanto al carácter de Estado social de derecho, La constitución colombiana al igual que la Constitución española de 1978 incorpora la noción de Estado social de derecho concepto que tiene sus orígenes a inicio del siglo XX y que se construye por oposición al Estado liberal de su favor su formulación fue realizada por el constitucionalista Herman Heller que plantea la noción de Estado social en contraposición al Estado liberal, en efecto este autor considera:

“La democracia social habría de suponer la extensión al orden del trabajo y de las mercancías de la idea de Estado material derecho y sometimiento de la economía al Estado derecho ya que la sumisión de la economía a las leyes bajo el Estado derecho no es otra cosa que el sometimiento de los medios a los fines de la vida”⁷²⁶.

Por su parte Villar Borda define el Estado social como aquel que acepta e incorpora al orden jurídico, a partir de su propia Constitución, derechos sociales fundamentales junto a los clásicos derechos políticos y civiles, es conocido como Estado social. Los últimos son

⁷²⁶ El término citado por: Balaguer, F. (2019). Manual de derecho constitucional volumen I. Editorial Tecnos Madrid España. Pgs. 627 (122).

catalogados como derechos de primera generación, mientras que los derechos sociales se han calificado como derechos de segunda generación.

“La Corte Constitucional ha procedido a definir en numerosos fallos el concepto constitucional del Estado social de derecho. Entre sacamos algunas consideraciones que permiten arrojar más luz sobre los efectos de ese principio estatal. En sentencia No. C-566/95 y ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes, se dice: “... El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social”.⁷²⁷

Por su parte la forma de gobierno es democrática adoptando un modelo de democracia mixta con elementos tanto de la democracia representativa como de la democracia directa, incluyendo la posibilidad de revocar el mandato a ciertas autoridades electas democráticamente.⁷²⁸

Por otro lado en cuanto a su forma de Estado la constitución colombiana adopta la forma de Estado unitario, es decir reconoce la existencia de un único centro de poder, de un único sistema de producción de normas y de un solo ordenamiento jurídico para todos los habitantes. Sin perjuicio de ello permite y reconoce que la descentralización tanto política, territorial y administrativa dentro del Estado nacional.

La constitución de 1991 adicionalmente agrega los fines del Estado colombiano consignando la servicialidad, la participación ciudadana y la justicia.⁷²⁹ Finalmente, la constitución incorpora un modelo de acomodación de la diversidad étnica y cultural,

⁷²⁷ Villar, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. Revista Derecho del Estado n.º 20, diciembre 2007. (74-96). 93.

⁷²⁸ Registraduría Nacional del Estado Civil. (2023). La Registraduría del Siglo XXI. *Registraduría Nacional Del Estado Civil*. <https://www.registraduria.gov.co/-Revocatoria-de-mandato-.html>

⁷²⁹ Artículo 2º: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”. Constitución Política de la República de Colombia. [Const]. Julio de 1991. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

asumiendo en su artículo séptimo el carácter multicultural de la sociedad colombiana.⁷³⁰ Este reconocimiento implica que el Estado debe implementar medidas que reflejen dicha condición. Estableciendo una preocupación particular por el respeto y valoración de los pueblos indígenas de Colombia. El Estado debe propender la conservación de las sociedades indígenas respetando sus culturas y espacios territoriales indispensables para su subsistencia.

731

4.3.3.- Derechos indígenas en la carta de 1991.

Una vez que el Estado colombiano se reconoce como multicultural, surge la necesidad de identificar aquellos derechos que se pueden considerar como específicos de los pueblos indígenas en la medida en que reflejan valores culturales y espirituales diferentes a los del resto de la sociedad⁷³². El corpus de derechos reconocidos a los indígenas en Colombia pueden ser agrupados y resumidos como sigue:

a.- Derechos políticos y de autogobierno:

En cuanto a los derechos políticos y de autogobierno, es posible consignar que la constitución colombiana reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación en su versión autonomía. Sostienen Figuera y Ariza que:

*“La autonomía ha de entenderse como una facultad, es decir, una potestad otorgada a una comunidad o pueblo para autogestionarse, sin que ello implique la autodeterminación con todos sus componentes. La libre determinación se predica respecto a los pueblos como la capacidad de escoger su propio devenir.”*⁷³³

⁷³⁰ Art 7º “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.” Constitución Colombiana de 1991.
<https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/col>

⁷³¹ Sánchez, E. (2000). Op. Cit.

⁷³² Ibidem.

⁷³³ Vargas, S y Lascarro, A. (2015). Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de Estudios Sociales*, 53. <http://journals.openedition.org/revestudsoc/9268>

Para la corte constitucional la autonomía indígena se garantiza en tres ámbitos distintos de protección los cuales se encuentran vinculados a factores de interacción según se trate de asuntos internos o externos de los indígenas. La Corte Constitucional colombiana ha señalado que:

“En el ámbito externo el respeto por la autonomía de las comunidades y pueblos indígenas exige reconocer el derecho de grupos a participar en las decisiones que les afectan directamente por ejemplo mediante en la consulta previa y la decisiones que adopte el estado en relación a las definiciones de políticas públicas, la autonomía indígena también se relaciona con la participación de las comunidades en la esfera de representación nacional es decir el congreso así tienen derecho a participar en los espacios de toma de decisión de la voluntad popular como es el congreso. Sin embargo, la autonomía indígena ha reiterado a la corte constitucional no se limita estas dos dimensiones sino que incluso abarca el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a recibir respecto su forma de gobierno ejercer funciones jurisdiccionales y ejercer el derecho de propiedad sobre sus acuerdos y territorios la corte constitucional ha vinculado la autonomía a la autogestión territorial.” ⁷³⁴

La constitución consagra la participación de los indígenas en la esfera política electoral, creando una circunscripción especial para los indígenas⁷³⁵, regida por el sistema proporcional, donde los indígenas tienen derecho a elegir 2 senadores. Las calidades exigidas para aspirar a este cargo consisten en haber sido autoridad tradicional en una comunidad o dirigente de una organización indígena. No obstante ello, también reconoce a los “grupos étnicos”, particularmente a los grupos y comunidades afroamericanas, contemplando una circunscripción especial para acceder, junto a los colombianos residentes en el exterior, a la cámara de representantes -diputados- con un máximo de 5 representantes.⁷³⁶

⁷³⁴Rodríguez, G. (2015). *Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*. Editorial Universidad del Rosario primera edición. (61) Pp 175

⁷³⁵ Constitución Política de Colombia [Const]. (1991). Art. 171. Op cit.

⁷³⁶ Sánchez, E. (2000). Op. Cit.

En cuanto a la consulta indígena, la Corte ha considerado que el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas tiene el carácter de derecho fundamental. En efecto, la participación indígena en la toma de decisiones del Estado colombiano constituye una garantía básica y central para resguardar la participación de los pueblos aborígenes y sus derechos políticos.⁷³⁷

Si bien la consulta no se encuentra reconocida expresamente en la constitución, la Corte Constitucional mediante la interpretación ha llegado a esta conclusión para ello se funda en el artículo 1º de la Constitución al señalar que Colombia es un Estado social de derecho en relación al artículo 2º que establece como uno de los fines del Estado y facilitar la participación de toda la sociedad en la toma de decisiones que les afectan y finalmente en el artículo 7º reconoce la naturaleza diversa y multicultural de Colombia.⁷³⁸ Las normas consignadas otorgarían un sustento constitucional al derecho de consulta indígena.

“Es importante resaltar que, según la Corte Constitucional (SU- 383/03), el Convenio 169 de la OIT y concretamente el derecho los Pueblos Indígenas y Tribales a la consulta previa conforma junto con la carta política y el bloque de constitucionalidad un derecho de gran trascendencia el cual no puede suspenderse ni aún en situaciones especiales”⁷³⁹

Este derecho tiene un sustento de rango constitucional y en consecuencia tiene el carácter de norma fundamental de los pueblos indígenas de Colombia. En 2009 la Corte Constitucional colombiana estableció que la consulta constituye por sí misma un derecho fundamental, por lo que se encontraría protegida y garantizada por acciones constitucionales reconocidas por la carta de 1991. Con todo, la Corte también ha sostenido reiteradamente que la consulta:

⁷³⁷ Orduz, N. (2016). *La Consulta Previa en Colombia. La consulta indígena Colombia*, Perú, Chile. RIL Editores- UDP.

⁷³⁸ Ibidem

⁷³⁹ Rodríguez, G. (2015). Op. Cit, p. 86.

*“Es un mecanismo necesario e indispensable para asegurar la realización de estos proyectos. No afecten de manera irreversible las formas tradicionales de la subsistencia de los grupos étnicos dentro de su territorios”*⁷⁴⁰

En efecto de acuerdo al razonamiento de la corte constitucional el derecho a la consulta previa tiene entonces tendría entonces un doble carácter, por una parte es un derecho fundamental de los pueblos indígenas y a la vez una garantía o salvaguarda de la participación indígena.⁷⁴¹

b.- Derechos territoriales y recursos naturales: los resguardos, las entidades territoriales, derechos económicos y acceso a recursos naturales.

El reconocimiento de los territorios indígenas ha sido una de las reivindicaciones centrales de los pueblos indígenas como supuesto necesario para la autonomía indígena. La Constitución reconoció los resguardos como tierras de propiedad colectiva no enajenable e inembargable otorgándole el rango de municipios, por lo cual participan en los ingresos corrientes de la Nación. Los resguardos son espacios territoriales colectivos donde vive una parte importante de la población indígena de Colombia.⁷⁴² La Ley 60 de 1993 normativa que regula su conformación y atribuciones mandata lo siguiente:

*“Los resguardos indígenas que para efectos del artículo 357 (de la constitución) sean considerados por la Ley como municipios recibirán una participación igual a la transferencia per cápita nacional, multiplicada por la población indígena que habite el respectivo resguardo”*⁷⁴³.

⁷⁴⁰ Corte Constitucional, c-461 de 2009. Como se cita en De Cea, M. Fuentes, C. (2016). *La consulta indígena Colombia, Perú, Chile*. Ril Editores

⁷⁴¹ Orduz, N. (2016). Op. Cit.

⁷⁴² En 1990 existían alrededor de 400 resguardos comprendiendo una superficie de aprox. de 24.000.000 de has, equivalente al 24% del territorio nacional.

⁷⁴³ Right Livelihood. (2023). *Consolidation of the Amazon Region (COAMA)*. Right Livelihood. <https://rightlivelihood.org/the-change-makers/find-a-laureate/consolidation-of-the-amazon-region-coama/#:~:text=The%20Consolidation%20of%20the%20Amazon,of%20the%20world's%20tropical%20rainforests>

Estos recursos deben ser utilizados para cubrir sus necesidades básicas, según sus usos y costumbres, de acuerdo a los sectores de inversión considerados por la Ley. Además, los municipios o departamentos no quedan eximidos de su responsabilidad con los habitantes de los resguardos.

Junto con reconocer constitucionalmente a los resguardos, la carta del 91 crea la figura de las Entidades Territoriales indígenas (ETIs.) con el propósito de garantizar la autonomía de los pueblos indígenas y con el objeto de que ellos puedan asumir la prestación de los servicios públicos de acuerdo con sus principios, sus propias autoridades y culturas en el territorio a que pertenecen. La constitución mandata a la ley la forma de conformación de las ETIs, señalando que se hará con sujeción a lo que disponga la ley de ordenamiento territorial y la delimitación territorial será efectuada en conjunto por el gobierno nacional y representantes de las comunidades indígenas. Una vez conformadas las ETIs gozan de autonomía para la gestión de sus intereses pudiendo gobernarse por sus propias autoridades⁷⁴⁴. En efecto el artículo 286 de la constitución, da una definición de las ETIs, expresando que son:

“Departamentos, distritos, municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”.

El gobierno de las ETIs recaerá en consejos tradicionales, que serán conformados de acuerdo a los usos y costumbre que tengan los indígenas y ejercerán las siguientes funciones:⁷⁴⁵ En definitiva una Entidad Territorial Indígena es una entidad político administrativa nueva, destinada a garantizar autonomía y a promover la interrelación de los indígenas con la sociedad nacional en un marco de respeto mutuo y sin detrimento de identidad, cultura, conocimiento y patrimonio.

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación. El Gobierno nacional propiciará la

⁷⁴⁴ Orduz, N. (2016). Op. Cit.

⁷⁴⁵ Arango, R. (1995). *“Pueblos Indígenas de Colombia en la Constitución de 1991”*. Ediciones Universidad de La Frontera. Revista Pentukun. 3.

participación de los representantes indígenas en las respectivas comunidades indígenas. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses. En tal virtud de esta autonomía las ETIs pueden:

“1.- Gobernarse por autoridades propias.

2.-Ejercer las competencias que les correspondan.

3.- Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

4.- Participar en las rentas nacionales.”⁷⁴⁶

Por otro lado la ley 99 de 1993, reconoce a los indígenas como encargados de la administración y manejo de los recursos naturales dentro de sus territorios, por lo cual todo programa y proyecto que en esta materia se realice debe ser en coordinación con las autoridades tradicionales. Finalmente el Ministerio del Medio Ambiente y los institutos de carácter científico deben fomentar y difundir los conocimientos y tecnologías sobre manejo ambiental y de recursos naturales, de las culturas indígenas.

Igualmente, crea la Corporación Autónoma Regional del Norte y Oriente Amazónico (CDA) como ente gubernamental encargado de la ejecución de políticas, programas, planes y proyectos sobre medio ambiente y recursos naturales renovables. Igualmente, la Ley 21 de 1991 sobre la protección del territorio amazónico establece que cualquier acción que se vaya a realizar en estos territorios debe ser consultada y acordada con las comunidades indígenas que la habiten.⁷⁴⁷

c.- Reconocimiento de derechos culturales y derecho propio.

Los derechos culturales se encuentran reconocidos en términos generales en el Art. 7^a constitucional, siendo el Art. 70 una formulación más específica de ellos. Este último artículo establece el deber del Estado de reconocer la igualdad y la dignidad de las culturas que conviven en el país considerándose como fundamento de la nacionalidad colombiana.

⁷⁴⁶ Ibidem.

⁷⁴⁷ Sánchez, E. (2000). Op. Cit.

El reconocimiento a la especificidad cultural indígena se expresa en múltiples dimensiones. En efecto, en materia de educación intercultural, la ley 115 de 1994 establece la etnoeducación para los grupos indígenas, la cual:

"Tendrá como finalidad afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura. Igualmente, se ... promoverá y fomentará la formación de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos..."⁷⁴⁸.

La misma ley establece que el Ministerio de Educación de acuerdo con los grupos étnicos elaborarán planes curriculares de educación y textos que den cuenta de la educación intercultural. De igual modo establece la obligación de ejecutar programas de investigación y capacitación etnolingüística. También se establece que:

"Las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los educadores que laboren en sus territorios, preferiblemente entre los miembros de las comunidades en ellas radicados"⁷⁴⁹.

En cuanto a las lenguas indígenas, la Constitución establece que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. Finalmente, sobre los Derechos jurisdiccionales (artículos N° 246 y N° 330 Constitución Política de Colombia).⁷⁵⁰ En relación a estos últimos se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ejercer su derecho propio y la posibilidad de resolver sus conflictos de acuerdo a cosmovisión. En efecto, en su ejercicio los pueblos indígenas deben garantizar y resguardar el goce de los derechos fundamentales de los individuos.

"La corte constitucional ha establecido que los elementos que comprende el fuero Indígena son:

⁷⁴⁸ Congreso de Colombia. (1994). Ley general de educación. N° 5. 08 de febrero de 1994.

https://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-85906_archivo_pdf.pdf

⁷⁴⁹ Ibidem.

⁷⁵⁰ Constitución Política de Colombia [Const]. (1991). Op cit.

a.- El personal con el que se pretende señalar que el individuo debe juzgarse de acuerdo con las normas de autoridades de su propia comunidad.

b.- El territorio que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia en su territorio de acuerdo con sus propias normas.

c.- El objeto referido a la calidad del sujeto por el objeto sobre los que recae la conducta delictiva las autoridades indígenas sean el juez natural pago para conocer los delitos cometidos por los miembros de su comunidad siempre y cuando se atiendan los requisitos establecidos para el reconocimiento del faro indígena (CCC T-811 / 04 acción de tutela). ”⁷⁵¹

En relación a este último aspecto, es decir el derecho al derecho o derecho propio, una nutrida jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha definido claramente las competencias y extensión de la autonomía indígena en materia jurisdiccional⁷⁵². Sosteniendo que el límite de ella se encuentra en los derechos humanos básicos, así lo sostuvo en el fallo *Gonzales Wazorna* y la inconstitucionalidad de imposición de penas infamantes.⁷⁵³

d.- Corte Constitucional y tutela de garantías.

Cómo es posible evidenciar que ha sido la Corte Constitucional de Colombia el órgano que a través del conocimiento de acciones constitucionales ha determinado el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales en relación a los pueblos indígenas. Este órgano ha logrado interpretar los contenidos de las disposiciones del texto constitucional contorneando disposiciones apenas esbozadas en el texto constitucional o haciendo interpretaciones evolutivas de las normas.⁷⁵⁴

⁷⁵¹ Corte Constitucional de Colombia sobre jurisdicción especial Indígena. Cómo se cita en Rodríguez, G. (2015). Op. Cit, p 78.

⁷⁵² Orduz, N. (2016). Op. Cit.

⁷⁵³ Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia número T-349/96.
<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/indigenous/t349-96.htm>

⁷⁵⁴ Gómez, M. (2000). “Derecho Indígena y Constitucionalidad”. En: Milka Castro (ed.) *Actas del XII congreso internacional sobre pluralismo legal y derecho consuetudinario*. Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico. p. 1029-1051.

Su rol mediante una profusa jurisprudencia ha resultado indispensable a la hora de determinar conceptos como autonomía indígena, consulta, consentimiento libre e informado y jurisdicción indígena.

4.3.4.- Lecciones de modelos comparados.

Para concluir este acápite, y luego dar paso a la realidad nacional, es necesario destacar que los modelos analizados varían sustantivamente en cuanto a su historia, evolución, densidad de los derechos reconocidos, el uso de ciertas nomenclaturas y sobre todo en cuanto al marco de Estado sobre el cual se implementan. Mientras que Canadá es un Estado federal asimétrico, Colombia es un Estado unitario clásico. Ello nos permite plantear que el reconocimiento no se encuentra supeditado a la forma de Estado que se adopte sino en los grados de acuerdo para su incorporación en el entramado constitucional.

La adecuada incorporación del reconocimiento de derechos colectivos y la redistribución del poder político dentro del Estado, constituyen elementos fundamentales para la implementación de mecanismos eficientes de acomodación de la diversidad para encauzar las tensiones que entraña la diversidad étnica y etnonacional.

Para cerrar, simplemente enunciar que en el apartado siguiente volver se volverá a la realidad chilena, a fin de relevar los grados de discusión y acuerdo suscitado entre la clase política en relación a las políticas del reconocimiento a partir de la mirada de 3 hitos recientes que evidencian una vez más la incomodidad constitucional con el texto de 1980.

5.- El camino chileno de acomodación de la diversidad. Iniciativas de reforma constitucional y una agenda de mínimos.

Para cerrar el análisis de este capítulo resulta indispensable volver a la realidad chilena. Ello con la finalidad de ir estableciendo los elementos que nos permitan articular una propuesta coherente y razonada de acomodación de la diversidad etnonacional. Con esta finalidad se abordarán las propuestas más relevantes de los últimos años sobre

reconocimiento de derechos indígenas en Chile. Su relevancia está dada por tratarse de acuerdos transversales entre una amplia mayoría de los sectores políticos que paulatinamente van decantando un piso mínimo de derechos respecto de los cuales existe un grado de consenso en la sociedad nacional.

En lo que sigue serán analizadas resumidamente tres instancias institucionales donde se condensaron propuestas sobre reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en la realidad chilena. Estas instancias buscaron sentar las bases para la reconstrucción de las confianzas entre el Estado y los Pueblos Indígenas a través del establecimiento de consensos mínimos sobre el estándar de reconocimiento de los derechos indígenas en el entramado constitucional de Chile.

Las conclusiones y propuestas que cada una significó permitió el establecimiento de mínimos comunes basados en el reconocimiento de derechos colectivos en función del grupo de carácter político, territorial y cultural. En efecto, algunas de las propuestas excedieron el plano exclusivamente normativo y recomendaron procedimientos institucionales (*institutionals procedures*) con miras a establecer mecanismo de acomodación más integrales y eficientes.

El primero de los trabajos a analizar, data de inicios del nuevo milenio y se trata probablemente del trabajo más complejo y serio efectuado por el Estado de Chile en relación a los pueblos indígenas. Este consistió en la conformación de una comisión de verdad histórica, que buscó analizar críticamente la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. Su trabajo de 3 años se condensó en el Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, que fue presentado en octubre de 2003. Su trabajo concluye con propuestas de reformas legales e institucionales específicas sobre pueblos indígenas.

El segundo hito fue el proceso constituyente iniciado por la presidenta Michelle Bachelet entre los años 2016 y 2018. Este proceso constituyente pretendió modificar la Constitución de 1980, e incluyó una etapa específica de participación especial y la consulta a pueblos indígenas. Con todo, la propuesta de reforma terminó entrampada en el Congreso Nacional meses posteriores a su envío por parte de Bachelet. En tercer lugar y para cerrar este capítulo se relevarán los aspectos centrales de la propuesta realizada por la Convención

Constitucional de 2021 que si bien fue rechazada en el plebiscito de salida efectuado en 2022, incorporó una importante cantidad de normas sobre pueblos indígenas.

Estos documentos, si bien en niveles e intensidades diferentes coinciden en expresar una preocupación creciente por el reconocimiento de derechos indígenas y por intentar responder a la movilización indígena que desborda nuestro modelo de acomodación institucional. Las 3 propuestas serán revisadas de manera panorámica para centrarnos en el análisis de los niveles de derechos políticos, territoriales y culturales. La importancia de explorar estos documentos estriba en reconocer los esfuerzos emprendidos por diversos sectores nacionales en buscar caminos de solución a las tensiones étnicas en nuestro país.

Como dice el aforismo “*ex nihilo nihil fit*” ⁷⁵⁵o nada nace de la nada... Ergo tampoco este trabajo y las propuestas que de él se derivan. Al contrario, intenta recabar un conjunto de propuestas desde el derecho internacional y comparado pero también del trabajo de instancias nacionales que han abordado las respuestas a los conflictos étnicos mediante la adopción de modelos de acomodación constitucional basados en el reconocimiento de derechos.

5.1.- Las propuestas de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato de 2003.

La Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato -en adelante la CVHNT- fue una iniciativa convocada por el ex presidente de la República don Ricardo Lagos Escobar. ⁷⁵⁶ Esta comisión del Estado funcionó entre el año 2001 y el año 2003, y tuvo por objeto asesorar al presidente de la República en materias indígenas especialmente a fin de dar cuenta de la relación histórica entre los Pueblos Indígenas y el Estado de Chile a fin de proponer medidas legales e institucionales orientadas a un el logro de trato respetuoso con los pueblos originarios.

La CVHNT. Estuvo presidida por el expresidente de la República don Patricio Aylwin Azócar y se encontró conformada por 25 personalidades nacionales de origen

⁷⁵⁵ Latinazgo significa que nada nace de la nada.

⁷⁵⁶ Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. (2008). Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas.
<http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/268>

indígena y no indígena.⁷⁵⁷ La comisión trabajó en sesiones ininterrumpidas desde mayo del año 2001 hasta el 31 de octubre del año 2003 su funcionamiento se dividió en comisiones específicas y su trabajo se transformó en un informe final que dio cuenta de un exhaustivo análisis histórico y legislativo, como asimismo un conjunto de propuestas de reforma constitucional, legal e institucionales.

En concordancia con este principio de reconocimiento, la Comisión ejerció su mandato considerando y examinando una amplia evidencia histórica, entre la que se cuenta la mirada aportada por los propios Pueblos Indígenas.

En el mismo sentido, el trabajo de la Comisión insta a una nueva lectura de la historia nacional y consigna la necesidad de incorporar la visión de los pueblos indígena valorando los aportes de sus culturas en la conformación de la sociedad chilena. Adicionalmente plantea que el trato histórico otorgado por el Estado a los pueblos originarios ha sido discriminatorio siendo por ello es necesaria su revisión.

El trabajo de la comisión se condensa en un documento denominado informe de la CVHNT el cual fue presentado en octubre de 2003. Este documento consta de tres partes, introducción, un análisis crítico de la relación Estado y pueblos indígenas y finalmente concluye con un largo acápite de propuestas y recomendaciones, algunas de ellas generales y otras particulares según pueblos indígenas específicos.

En rasgos generales La CVHNT. hace una reflexión crítica de la relación del Estado con los indígenas, dando cuenta del trato discriminatorio y muchas veces racista que ha sometido a los indígenas, plantea adicionalmente la necesidad de una convivencia respetuosa entre culturas, valorando el aporte de los pueblos indígenas a la construcción del Estado chileno. El trabajo de la CVHNT. se nutre del aporte de distintos expertos indígenas y no indígenas en diversas disciplinas como historia, derecho sociología y antropología. El informe final constituye un aporte serio pero a la vez crítico de la historiografía nacional, relevando la importancia de los pueblos indígenas en la construcción nacional y en la cultura chilena.

⁷⁵⁷ Ibidem.

Como elemento basal de este nuevo trato estriba en la adopción de medidas institucionales y normativas urgentes a favor de los Pueblos Indígenas como partes integrantes de la nación chilena. De ello, el informe de la comisión, señala que resulta necesario como medida de justicia la implementación de un trato respetuoso hacia las culturas indígenas, y que valore la diversidad e historia. Según la comisión, este nuevo trato se orientaba a la adopción de medidas relativas al: Reconocimiento y reparación a los Pueblos Indígenas. Estas medidas se centrarán en el reconocimiento a derechos colectivos de los pueblos indígenas y mejoras institucionales orientadas a la valoración de los derechos e historia indígena.

En concreto la CVHNT. concluye proponiendo una batería de medidas de reparación y justicia con los pueblos indígenas. Entre estas medidas se destacan:

- Reconocimiento a la Preexistencia de los Pueblos Indígenas como entidades previas a la construcción del Estado chileno.

Que dichas sociedades fueron domesticadas por el poder colonial y luego por el orden republicano quienes los despojaron de sus tierras, territorios identidades y valores.

- El reconocimiento de Derechos Colectivos en función del grupo:

Especialmente Derechos políticos y representación, como el derecho a la consulta; el reconocimiento a derechos territoriales y sobre sus recursos naturales y finalmente derechos culturales entre ellos el derecho propio o consuetudinario.

- Medidas de modificación institucionales:

El reconocimiento de derechos colectivos debe ser complementado con la adopción de medidas institucionales de coordinación de políticas públicas, como por ejemplo creación de un consejo de pueblos indígenas, ministerio de asuntos indígenas y la implementación de mecanismos de financiamiento para las iniciativas económicas indígenas. En igual sentido se proponen medidas para promover y proteger las culturas por medio de la creación de centros de estudios sobre culturas indígenas entre otros.

Gran parte de las propuestas de la CVHNT. Se tradujeron en proyectos de reforma constitucional que se presentaron al parlamento durante el gobierno de Lagos Escobar. Estos proyectos buscaron incorporar las medidas propuestas por la Comisión en el texto

constitucional de 1980. Sin embargo siguieron la misma suerte que los proyectos sobre pueblos indígenas presentados por los gobiernos anteriores. Es decir, contaron con la cerrada oposición de la mayoría conservadora presente en el parlamento, ello impidió su materialización en el texto constitucional una vez más.

Sin embargo, más allá de su resultado en el parlamento, es necesario destacar el esfuerzo honesto, serio y sincero de la Comisión en hacer una relectura de la historia nacional. La comisión Aylwin desarrolló durante 3 años un trabajo exhaustivo de revisión y proposición de reformas profundas a la institucionalidad chilena, todas debidamente justificadas y argumentadas, las que se tradujeron en un corpus sólido hoy fuente indispensable para entender la historia indígena y chilena y las tensiones que subyacen a dicha relación histórica. Adicionalmente tiene un alto valor simbólico pues es el primer acto del Estado donde reconoce su responsabilidad en la desaparición de pueblos indígenas en el período republicano.

5.2.- El Proceso constituyente de la presidenta Michelle Bachelet: 2016-2018.

En su segundo mandato la presidenta Michele Bachelet – 2014/18- cumpliendo una de sus promesas centrales de campaña da inicio a un nuevo proceso constituyente con miras a reformar la constitución de 1980. Dicho proceso comenzó en el año 2016 y terminó en 2018. Este proceso se caracterizó por contar con una amplia participación ciudadana, que propuso y estableció los ejes del debate constitucional.

Adicionalmente el proceso de Bachelet contempló un acápite dirigido exclusivamente a los Pueblos Indígenas que se denominó “*Proceso Constituyente Indígena*”.⁷⁵⁸ Este estuvo marcado por la realización de encuentros y diálogos con personas, organizaciones y comunidades indígenas a lo largo de todo Chile.⁷⁵⁹ En este proceso

⁷⁵⁸ Proceso Constituyente Indígena. (2017). Sistematización del proceso participativo constituyente indígena. http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/null/0/1/b/01b50c3f321987047f9683dcd25c7012bf38473fa0eb0e012ef868e49f8668b7/_home_aristoteles_documentos_PC_CCO_DT_37.pdf

⁷⁵⁹ Según informe final, se estima que unos 20.000 indígenas participaron en la propuesta constituyente indígena ellas se distribuyeron en un número de 600 encuentros desplegados a lo largo del país entre los meses de Agosto de 2016 a Marzo de 2017. Proceso Constituyente Indígena. (2017). Op. Cit.

participativo las comunidades indígenas realizaron propuestas que recogían sus principales demandas. Ellas se sistematizaron en el documento final para ser armonizadas y presentadas en el proyecto de nueva constitución que se presentó al congreso en el año 2018. Entre sus principales propuestas en materia indígena es posible destacar, siguiendo la misma clasificación usada hasta ahora, las siguientes :

5.2.1.- Reconocimiento constitucional a derechos colectivos de los pueblos indígenas y preexistencia.

Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus culturas. El reconocimiento constitucional se asocia a la reparación por una “deuda histórica” relacionada con los efectos de la acción del Estado – discriminación, persecución y sanción de las prácticas culturales de los pueblos indígenas– y los derechos humanos. En este sentido se reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas y la unidad de la nación chilena. Considerándolos también titulares de la soberanía nacional.⁷⁶⁰

5.2.2.- Reconocimiento al autogobierno y participación democrática.

La propuesta de la presidenta Bachelet reconoce que la soberanía reside en el pueblo y los diversos pueblos indígenas que conforman Chile. Establece que el Estado debe garantizar el derecho a la participación y representación política de los indígenas adecuando su funcionamiento y marcos jurídicos en función de la incorporación de los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones en todos los niveles (nacional, regional, provincial y municipal).⁷⁶¹

Se enfatiza la necesidad de la plena entrada en vigor de los mecanismos de consulta previa libre e informada que establece el Convenio 169 de la OIT, para cualquier intervención pública o privada que impacte en los territorios indígenas, señalando la improcedencia de cualquier legislación local que pretenda limitarlos o establecer casos excepcionales.

⁷⁶⁰ Congreso Nacional. (2018). Boletín N° 11.617-07 Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República.

⁷⁶¹ Congreso Nacional. (2018). Boletín N° 11.617-07 Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República. pag. 28.

Adicionalmente propone la creación de un Ministerio de los Pueblos Indígenas; la presencia de representantes indígenas en los diferentes órganos del gobierno local, provincial y regional, como consejos municipales y regionales; facilidades y reformas encaminadas a fomentar la creación de partidos políticos indígenas.

5.2.3.- Tierras, territorios y recursos naturales. Derecho a la tierra, territorios, recursos naturales y derechos culturales.

En el proyecto de Bachelet el Estado reconoce los derechos territoriales de los pueblos indígenas, determinados por los usos y costumbres propios de las comunidades que los habitan. La protección de las tierras indígenas incluyendo el derecho al agua y demás recursos naturales asociados al territorio.

Adicionalmente, se relevan aspectos específicos relacionados con la protección de los recursos naturales como el agua, la semilla, los recursos minerales y los recursos marinos y del borde costero. La propuesta de Bachelet mantiene y profundiza el reconocimiento a los territorios especiales de Isla de Pascua y Juan Fernández, los cuales tendrán las facultades que la ley o estatuto autonómico les asigne.⁷⁶²

5.2.4.- Derechos culturales, de protección al patrimonio material e inmaterial y derechos lingüísticos.

En cuanto a los derechos culturales y lingüísticos el proyecto de reforma establecía el reconocimiento a la cosmovisión las creencias y cultos, y garantizando un trato de mutuo respeto que no reproduzca la discriminación histórica que ha llevado al debilitamiento de las prácticas religiosas indígenas. El respeto a los sitios patrimoniales y religiosos indígenas y la protección a los saberes y conocimientos ancestrales.

Del mismo modo el proyecto de 2018 incorporaba el reconocimiento de derechos lingüísticos indígenas. mediante el reconocimiento de los idiomas indígena en conjunto con

⁷⁶² Congreso Nacional. (2018). Boletín N° 11.617-07 Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República. Art. 129. pag. 108.

el castellano siendo obligación del Estado garantizar su protección y promoción. Por último, en cuanto a las de salud, educación y vivienda se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la implementación de sistemas de salud y educación intercultural.

El proyecto de la presidenta Bachelet fue el último intento de modificar la constitución de 1980 por los mecanismos institucionales. Su presentación al congreso se realizó en las postrimerías de su gobierno y su rechazo frustró nuevamente las expectativas ciudadanas tanto indígenas como no indígenas.⁷⁶³

El proceso de Bachelet se caracterizó por una amplia deliberación nacional que mediante la conformación de cabildos constituyentes que canalizaron las inquietudes y aspiraciones de la ciudadanía las que se transformaron en parte considerable de la propuesta constitucional definitiva. Sin embargo la llegada al poder del expresidente Sebastián Piñera en 2018, sepultó toda esperanza en la materialización de la reforma constitucional. Sin embargo y como se verá a pesar de la negativa de la coalición conservadora representada por Piñera, la incomodidad constitucional continuaría presente y se expresaría sólo un año más tarde de una manera extra institucional.

5.3.- El momento constitucional chileno y la Convención Constitucional: 2019-2022.

Durante las movilizaciones que originaron la crisis política de 2019 un sector importante de la sociedad chilena manifestó su insatisfacción con el modelo político y económico de la postdictadura.⁷⁶⁴ Para el profesor y constitucionalista Norteamericano Bruce Ackermann los momentos constitucionales se caracterizan por tratar episodios de alta intensidad política donde existe un desafío abierto a los poderes constituidos. Por su parte el filósofo Ronald Dworkin agrega que el momento constituyente es por definición, misterioso. En su obra seminal “*We the people*”⁷⁶⁵ Ackerman sostiene que:

⁷⁶³ Sanhueza, A. (2022). Qué decía la Constitución de Bachelet. *Pauta; Pauta*. <https://www.pauta.cl/politica/constitucion-michelle-bachelet-propuestas-convencion-constitucional>

⁷⁶⁴ El 19 de octubre de 2019 el presidente Sebastián Piñera declara el Estado de excepción constitucional por primera vez de vuelta en democracia, Chile quedaba bajo resguardo e intervención de las fuerzas armadas.

⁷⁶⁵ Obra seminal de Ackerman que busca explorar las razones de los momentos constitucionales.

"Existen grandes ocasiones en la vida política en que la gente interviene más directa y autorizadamente (...). Durante estos episodios, una ciudadanía de masas insiste en hacer algo más que elegir a sus gobernantes; algo que es mejor interpretado como dar a sus gobernantes órdenes de movilización".

Esos son los "momentos constitucionales". Es decir, episodios "en los que el pueblo habla con un acento distinto del que lo caracteriza durante la política normal".⁷⁶⁶ La crisis institucional de octubre de dicho año escaló rápidamente a niveles insospechados, frente a la perplejidad del gobierno.⁷⁶⁷ La intensidad de la movilización social desbordó los cauces de la política corriente generando un episodio de ruptura institucional trasvasando desde el campo de la política "ordinaria" hacia la "extraordinaria".⁷⁶⁸

La primera Convención Constitucional - en adelante la CC o Convención- paritaria del mundo se instaló el 4 de julio de 2021. Su misión fue redactar la primera constitución completamente democrática de Chile dentro del plazo de un año desde su instalación. La participación indígena en el proceso constituyente significó un hito histórico en nuestra república. Los pueblos indígenas estuvieron representados en la instancia a través del modelo de escaños reservados.⁷⁶⁹ La reforma constitucional que dio origen a la Convención estableció que 17 de los 155 escaños disponibles fueran exclusivos para personas indígenas.⁷⁷⁰ El entusiasmo inicial rápidamente se convirtió en preocupación ciudadana – cuando no también en vergüenza- la intensidad del debate entre los sectores políticos representados en la convención, los grados de polarización interna, el maximalismo de

⁷⁶⁶ Ackerman, B. (1993). *We the People*, Volume 1: Foundations. Belknap Press.

⁷⁶⁷ Una parte importante de esta brecha económica y de oportunidades era sufrida por los pueblos indígenas. Así lo demuestran todos los índices de medición oficiales, como la encuesta CASEN o Ficha Social de Hogares y el Censo de Población y Vivienda.

⁷⁶⁸ Ackerman, B. (1993). Op. Cit.

⁷⁶⁹ Los convencionales indígenas se encargaron de proponer normas de reconocimiento a derechos específicos diferenciados en función del grupo. Un número importante de ellas pasaron al texto definitivo que se propuso a la ciudadanía para su ratificación plebiscitaria el 4 de septiembre del año 2022. Estas normas constitucionales reconocían el carácter plurinacional del Estado de Chile y establecen el reconocimiento a derechos colectivos especiales para indígenas, su preexistencia, la protección de sus tierras y territorios y el acceso a los recursos naturales que luego fueron votadas por el pleno para formar parte del texto que podría haber regido los destinos del país por las próximas décadas.

⁷⁷⁰ En la disposición transitoria cuadragésimo segunda de la Constitución de 1980 reformada en virtud de la ley N° 21.324/21, se establece el mecanismo de escaños reservados indígenas y su forma de elección.

algunas iniciativas constitucionales aderezados con escándalos propios la tele realidad, socavaron rápidamente la credibilidad del órgano constituyente, y en gran medida contribuyeron al contundente rechazo a la propuesta.

El proceso cerraría con un plebiscito de salida fijado para el 04 de septiembre del año 2022. En este plebiscito la ciudadanía nacional podría aprobar o rechazar la propuesta constitucional. El resultado del plebiscito fue un rotundo rechazo al trabajo de la convención. El rechazo ciudadano a la modificación constitucional frustró nuevamente la esperanza de un cambio constitucional profundo y democrático. Junto con constituir la pérdida de una oportunidad única en nuestra historia nacional. Así, la incomodidad constitucional con la carta de 1980 mantiene intacta las demandas ciudadanas para reformas profundas a las reglas de convivencia nacional, que se encuentran aún encima de la mesa y requieren de respuestas urgentes. Ello ha llevado a que el proceso constituyente siga en curso con nuevas reglas y la creación de nuevos órganos como ya se ha hecho referencia en el capítulo anterior.

5.3.1.- Pueblos indígenas en la propuesta constitucional de 2022.

La propuesta elaborada por la convención constitucional incorporó un número significativo de normas relativas a pueblos indígenas y reconocimiento a sus derechos específicos. En efecto, prácticamente todos los capítulos de la propuesta incorporan normas sobre pueblos indígenas. En el texto se estableció un amplio abanico de derechos de diversa naturaleza, comenzando por el reconocimiento de los derechos colectivos de los indígenas. De igual modo se incorporaron derechos políticos y autodeterminación, derechos a la participación diferenciada, territoriales, culturales y derechos sociales de diversa índole. En efecto, es posible relevar que del universo de normas de la propuesta constitucional al menos un 20% se refería a derechos específicos de los pueblos indígenas. Incluyendo tanto en la parte orgánica como en la dogmática.⁷⁷¹

En lo que sigue intentará explicar en términos generales las principales propuestas de la convención constitucional sobre pueblos indígenas. En este análisis se centrará en

⁷⁷¹ De hecho, se sostenía que de las aproximadamente 320 normas de la propuesta, al menos 58 de ellas se referían o aludían a los pueblos indígenas. Convención constitucional. (2022).

torno a los mismos ejes que han sido trabajados hasta ahora, es decir, derechos políticos y de participación, territoriales y derechos culturales. Huelga relevar que estos contenidos destacarán de manera gruesa, destacándose solo los principales contenidos sin entrar en mayor detención salvo en aquellos casos que resulte indispensable para entender a cabalidad las normas de la propuesta constitucional.

5.3.2.- Derechos políticos, plurinacionalidad, autonomía y derechos y de participación: Estado plurinacional, intercultural, regional y ecológico.

El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas quedó consagrado dentro de los primeros artículos en la propuesta de texto de 2022. En este sentido la alternativa adoptada por la convención constitucional fue la del Estado Plurinacional. En efecto, el artículo 1^a definía a Chile como un “*Estado Plurinacional, intercultural, regional y ecológico*”.⁷⁷²

En unos artículos más adelante, la propuesta refuerza la idea de autodeterminación indígena al señalar el reconocimiento de este derecho a los pueblos indígenas como asimismo al autogobierno que de ella deriva. A partir del concepto de plurinacionalidad, la propuesta constitucional estableció una serie de normas y derechos generales consagrados en el texto. Los más importantes fueron: El autogobierno indígena, la restitución de tierras y los derechos territoriales, la consulta, el consentimiento indígena, el plurilingüismo, los emblemas indígenas y los sistemas de justicia indígena.

a.- Autodeterminación, autogobierno y derecho a la participación.

En el artículo 5 de la propuesta constitucional elaborada por la convención constitucional y que fuera rechazada por la ciudadanía proponía la siguiente fórmula de reconocimiento a los indígenas.

“[El Estado debe] respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación, los derechos colectivos e individuales de los cuales son

⁷⁷² Convención constitucional. (2022). Propuesta Constitución política de la República de Chile. Art. 1. [Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf \(chileconvencion.cl\)](#)

titulares y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones”⁷⁷³.

El reconocimiento al derecho a la autodeterminación se reconocía en la propuesta mediante la fórmula del ejercicio del derecho al autogobierno en los territorios indígenas. Es decir, en virtud de su ejercicio en el marco del Estado.

b.- Derechos especiales de participación: los escaños reservados y el derecho a la consulta.

En los órganos colegiados de representación popular a nivel nacional, regional y comunal se establecen escaños reservados para los pueblos y naciones indígenas cuando corresponda y en proporción a su población dentro del territorio electoral respectivo.

- **Consulta y consentimiento indígena**

La propuesta elevaba a rango constitucional el deber de consulta contemplado en el Convenio 169. En efecto, el borrador constitucional señalaba que los pueblos indígenas tenían el derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente. Agregando que el Estado debía garantizar los medios para la efectiva participación de estos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe. Utilizando la misma fórmula y conceptos que el convenio 169.

Sin embargo, a continuación los constituyentes de 2022, dieron un paso más adelante, incorporando la obligatoriedad del consentimiento indígena. Es decir, los indígenas debían ser consultados y otorgar el consentimiento previo, libre e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en relación a derechos establecidos en el texto constitucional. En definitiva, la propuesta introducía un derecho encubierto a veto indígena, al establecer la obligación de obtener el consentimiento indígena. Pues de no existir dicho

⁷⁷³ Convención constitucional. (2022). Propuesta Constitución política de la República de Chile. Art. 5. [Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf \(chileconvencion.cl\)](#)

consentimiento la medida legislativa o administrativa no podría implementarse, en un sentido similar a las cláusulas *notwithstanding* de la constitución canadiense. En este sentido el artículo 191 del texto propuesto rezaba como sigue:

“Participación en las entidades territoriales en el Estado regional. 2.- Los pueblos y naciones indígenas deberán ser consultados y otorgar el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución...”⁷⁷⁴.

Dicho reconocimiento, que en derecho internacional es considerado de forma excepcionalísima, fue visto como un derecho a veto encubierto por sectores relevantes del espectro ciudadano a aumentar la percepción ciudadana de incomodidad con la propuesta constitucional. En esta materia, el texto de la propuesta constitucional está por sobre el estándar internacional.

5.3.3.- Derechos territoriales. El reconocimiento y garantía estatal a las tierras territorios y recursos de los pueblos indígenas.

La creación de entidades territoriales indígenas, que tendrían el carácter de personas jurídicas de derecho público. Donde los indígenas podrían ejercer el autogobierno en conformidad a la ley. Respecto a la definición de autonomía territorial indígena, esta se estableció en el capítulo sobre Estado Regional y Organización Territorial, en el artículo 234 de la propuesta y era entendida de la siguiente forma:

“La autonomía territorial indígena es la entidad territorial dotada de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, donde los pueblos y naciones indígenas ejercen derechos de autonomía en coordinación con las demás entidades territoriales. Es deber del Estado reconocer, promover y garantizar las autonomías territoriales indígenas para el cumplimiento de sus fines”⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ Convención constitucional. (2022). Propuesta Constitución política de la República de Chile. Art. 191. [Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf \(chileconvencion.cl\)](#)

⁷⁷⁵ Convención constitucional. (2022). Propuesta Constitución política de la República de Chile. Art. 234. [Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf \(chileconvencion.cl\)](#)

Junto con la autonomía y autogobierno territorial, el proyecto señalaba disposiciones sobre protección de tierras indígenas estableciendo la obligación estatal de proteger la propiedad indígena. Adicionalmente reconocía el derecho a utilizar los recursos naturales que los pueblos originarios tradicionalmente han usado u ocupado de una u otra manera, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva.

5.3.4.- Derechos culturales, lingüísticos y patrimoniales.

En cuanto a los derechos culturales el texto de la Convención reconoció una amplia gama de derechos culturales a los pueblos indígenas en materias tales como salud intercultural, reconocimiento a sus saberes ancestrales, educación, ambientales, etc. De igual manera incorporaba – en el artículo 235- el derecho a la ejecución de sus propios sistemas de educación permitiendo la participación indígena en la definición de planes y programas educativos.⁷⁷⁶

En esta misma materia, se consagraron una multiplicidad de normas específicas sobre reconocimiento a las lenguas indígenas, el plurilingüismo y la cooficialidad. La obligación del Estado de promover, difundir y desarrollar el conocimiento, revitalización, valoración y respeto de las lenguas y saberes indígenas.

Para terminar este acápite, como es de público conocimiento el 04 de septiembre del año 2022 el proyecto de la Convención Constitucional fue categóricamente rechazado por la ciudadanía chilena. Los resultados fueron un 38,11% de los votos a favor del proyecto constitucional y un 61,89% en contra.⁷⁷⁷ Ello significó la mantención de la constitución de 1980 y la apertura de un nuevo proceso constitucional el cual deberá sujetarse a las reglas fijadas por el congreso nacional. La clase política chilena recogió las demandas ciudadanas dando inicio a un segundo ciclo constituyente. Este nuevo ciclo discurre en torno a nuevos órganos con facultades más restringidas y tuteladas por el parlamento e incorporando la

⁷⁷⁶ Artículo 234: La Constitución reconoce la autonomía de los pueblos y naciones indígenas para desarrollar sus propios establecimientos e instituciones de conformidad con sus costumbres y cultura, respetando los fines y principios de la educación. *Ibídem*.

⁷⁷⁷ Servel. (2022). Plebiscito 2022. Servel.
<https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=237>

participación de expertos constitucionales, en específico profesores de derecho constitucional de universidades nacionales, quienes tendrán la misión de redactar un documento que sirva como base de trabajo para los debates del órgano electo por la ciudadanía. En este sentido, vale la pena aclarar que el consejo de expertos constitucionales no tiene por función proponer un texto constitucional sino fijar los límites sobre los cuales discutirá la nueva convención constitucional.⁷⁷⁸

6.- Conclusión del capítulo.

En el presente capítulo se ha identificado la evolución desde el constitucionalismo liberal igualitario hacia un constitucionalismo de la diferencia, centrado en una relectura de la igualdad desde un punto de vista sustantivo. Explorado y explicado la evolución de los derechos humanos y derechos colectivos en el ámbito internacional y comparado. Hicimos una rápida descripción sobre su aceptación en el seno de la ONU y la aceptación en el constitucionalismo comparado. Relevamos el esfuerzo de organizaciones indígenas que lograron irradiar demandas y reconocimiento hacia el sistema de protección de DDHH y a modelos constitucionales comparados. Luego exploramos la teoría del reconocimiento y la evolución de los derechos colectivos en función del grupo analizando aquellos derechos que tienen su origen en la preexistencia de grupos etnonacionales. Intentamos definir los contornos y bordes del derecho a la autodeterminación, derechos territoriales, recursos naturales y derechos de la polietnicidad.

En una segunda parte, abordamos modelos comparados de acomodación de la diversidad conociendo la experiencia canadiense y colombiana. Los antecedentes experiencias y relaciones expuestos permiten obtener lecciones, identificar nudos, contrastar

⁷⁷⁸ Este acuerdo político suscrito en diciembre de 2022, se denominó: Acuerdo por Chile fue comprometido por todos los sectores políticos con representación parlamentaria. En él se determina una segunda - y última- etapa del proceso de reforma institucional a la constitución de 1980. Acuerdo por Chile: Órganos del Proceso Constitucional, Plebiscito Ratificatorio e Itinerario Constitucional. (2022). Bcn.cl. https://www.bcn.cl/procesoconstitucional/detalle_cronograma.html?id=f_acuerdo-por-chile

modelos y evidenciar el abanico de mecanismos de acomodación constitucional de la diversidad étnica y etnonacional. En particular debido al especial momento que vive Chile en materia de cambio constitucional.

Hacia la última parte del presente capítulo se buscó relevar algunos de los hitos centrales en materias de reconocimiento de derechos indígenas en nuestro país. Las cuales si bien no lograron su concreción en la carta fundamental constituyen el reflejo de la existencia de un consenso político en materia de política indígena. En efecto, el trabajo de la CVHNT, propuesta de la presidenta Bachelet e incluso en la propuesta convencional de 2022 presentan elementos esenciales comunes. El análisis de las propuestas e informes analizados nos permite colegir que junto con la incomodidad constitucional chilena que se arrastra por décadas y la falta de reconocimiento de los derechos indígenas.

En efecto, si bien los intentos de reforma constitucional han sido bloqueados sistemáticamente por sectores políticos conservadores existen grados de consenso importantes en el espectro político sobre la necesidad de un nuevo trato entre el Estado y los pueblos indígenas. El momento constitucional chileno se encuentra abierto desde el año 2019 en estos "momentos constitucionales" el pueblo habla con un acento distinto del que lo caracteriza durante el ejercicio de la política normal".

El reconocimiento de derechos especiales en función del grupo forman parte del acervo común de las constituciones democráticas modernas. La adopción de modelos de acomodación constitucional de la diversidad etnonacional son frecuentes en el derecho comparado y que su finalidad no consiste en resolver las tensiones derivadas de la diversidad sino simplemente establecer mecanismos para administrarlas mediante la definición de reglas que establezcan un *modus vivendi*.⁷⁷⁹

Estos mecanismos permiten mediante su implementación gradual la canalización institucional de los conflictos. se han relevado algunos consensos mínimos obtenidos en espacios políticos y de negociación en Chile. Dichos consensos deben ser relevados a la hora de llegar a acuerdos sustantivos en el marco de la negociación constitucional.

⁷⁷⁹ Hace referencia a un mecanismo de forma de vida o modo de vida.

Finalmente se hace presente que con todos estos elementos en la mesa es posible plantear un modelo de acomodación que adopte desde la perspectiva del multiculturalismo y la teoría del reconocimiento que se ajuste a la realidad nacional. Ello requiere esfuerzos de todos los sectores y la adopción de una política de estado a largo y mediano plazo, que se materialice en una implementación gradual basada en el reconocimiento de derechos, modificaciones institucionales y coordinación institucional. En este aspecto es posible adelantar que en el próximo capítulo serán esbozados los principales ejes que pueden dar cuerpo a esta nueva relación, en efecto, en lo que sigue se articulan los elementos para la formulación de una propuesta acomodación institucional y constitucional de la diferencia adecuada a realidad nacional, donde se considere las particularidades históricas de Chile, su tradición constitucional y la relación que ha mantenido con los pueblos indígenas que coexisten en su territorio nacional.

CAPÍTULO V.

BUSCANDO UNA RESPUESTA INSTITUCIONAL Y CONSTITUCIONAL PARA EL CONFLICTO MAPUCHE.

1.- Aspectos generales.

Al concluir esta investigación, huelga destacar que es en este capítulo donde se articula una propuesta de acomodación institucional y constitucional de la diversidad como una forma estable y defendible de administrar las tensiones dentro de un Estado Chileno.⁷⁸⁰ Para su elaboración se consideraron contenidos, discusiones, y planteamientos teóricos extensamente trabajados en los capítulos precedentes. En consecuencia, la síntesis que se expone pretende satisfacer el propósito general de este trabajo en coherencia con la metodología presentada inicialmente.

La presente propuesta plantea un mecanismo de acomodación institucional que a través de su implementación gradual permite administrar el histórico conflicto étnico entre el Estado y el pueblo mapuche. En cuanto a su sustrato filosófico se ancla en la teoría del reconocimiento y las políticas de la diversidad, la valoración de la diversidad étnico cultural y justicia distributiva. En este sentido, se reitera lo planteado al inicio de esta investigación, cuando señalamos que el fundamento de esta propuesta radica en una concepción no escéptica de la democracia, es decir la democracia entendida no como exclusivamente un mecanismo de carácter adjetivo destinado a la resolución de conflictos, sino como medio para el logro de importante fines sustantivos, que configura aquel espacio de dialogo, debate y deliberación racional entre ciudadanos caracterizado en la capacidad de procesar institucionalmente los disensos propios de toda sociedad. Esto es como, un espacio que promueve y valora el diálogo social basado en el reconocimiento de la dignidad universal del individuo.

En este sentido se reafirma la convicción que hombres y mujeres formamos parte de una unidad narrativa que determina nuestro horizonte de opciones y que ellas solo son posibles en relación a otros, pues nadie elige en un vacío de significados. De lo anterior se

⁷⁸⁰ Desarrollamos este concepto a lo largo de este trabajo, por lo que no serán definidos en esta oportunidad.

desprende que la demanda por reconocimiento supera el ámbito normativo y constitucional, abarcando también dimensiones políticas, de equidad y simbólicas. En este contexto, el reconocimiento de la diversidad se convierte en un imperativo de justicia hacia aquellos grupos históricamente invisibilizados y que han sido sistemáticamente excluidos de la esfera pública.⁷⁸¹

Este modelo de acomodación se articula en torno a la implementación gradual de un conjunto de medidas de distinta naturaleza: primero, medidas institucionales orientadas a la redistribución del poder político al interior de Estado -acuerdos procedimentales- y segundo, medidas de orden constitucional, las que se materializan mediante el reconocimiento de derechos colectivos en función del grupo y tercero medidas de coordinación institucional. Este modelo busca lograr mediante complementariedad de ellas el acomodo y canalización democrática de las tensiones etnonacional en Chile, desincentivando el uso de mecanismos o vías extra institucionales por parte de los pueblos indígenas y en particular busca canalizar institucionalmente el denominado conflicto mapuche en el centro sur de Chile.

En la formulación de este modelo de acomodación, relevamos los aspectos normativos, institucionales y estructurales que darán sentido a la propuesta de acomodación de la diversidad etnonacional entre el Estado y el pueblo mapuche. Este trabajo deberá ser entendido como un set de reformas que implementadas gradualmente, permitan sentar las bases de un proceso de canalización institucional del conflicto étnico mapuche. Esta propuesta se plantea como el inicio de un proceso de mediano y largo plazo y no una fórmula mágica de solución inmediata. El fetichismo constitucional tan frecuente en el continente americano no tiene espacio en este trabajo. Por el contrario, esta se trata de una propuesta construida a partir del realismo, gradualidad y análisis de experiencias comparadas donde la negociación y pragmatismo son esenciales para la obtención de resultados positivos y diseño de un *modus vivendi* en sociedades con altos grados internos de tensión.

Finalmente reiterar que este trabajo está pensado en el marco de la tensión étnica en el centro sur de Chile. En particular en las regiones de La Araucanía y La Patagonia chilena, y centrado para la relación estado – mapuche. La amplitud de los conceptos que se trabajarán

⁷⁸¹ Habermas, J. (1962). *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*. Cambridge: MIT.

permitirá considerarla como un marco o modelo general de relación para la diversidad etnonacional en Chile.

2.- Consensos políticos y negociación constitucional: nudos, brechas, disenso constitucional y normas apócrifas.

El rechazo ciudadano a la propuesta de la Convención Constitucional en septiembre del año 2022, fue un duro revés para el proceso de cambio constitucional chileno, sin embargo ello no significó su término. Al contrario, la incomodidad con la constitución de 1980 se mantiene presente, ello se evidencia en el alto apoyo ciudadano entre quienes demandan una nueva carta constitucional, donde se reconozca derechos sociales y derechos colectivos a los pueblos indígenas⁷⁸². Es por ello que inmediatamente conocidos los resultados del plebiscito de septiembre se puso en marcha un nuevo proceso de modificación constitucional a cargo de una comisión experta que deberá proponer un texto sujeto a ratificación plebiscitaria. En efecto, resulta necesario hacer presente que, como se ha señalado, en la clase política chilena existen ciertos consensos en relación a los derechos indígenas, pero también subsisten nudos y temores. Identificamos al menos cuatro de ellos:

En primer lugar es posible mencionar que existe una agenda de consensos mínimos sobre estándares de derechos indígenas. Las experiencias internacionales y comparadas en materia indígena nos demuestran que paulatinamente se ha consolidado un corpus de derechos colectivos en función del grupo cuyos aspectos principales se ha desarrollado durante la presente investigación. En el mismo sentido, se ha destacado que incluso a nivel nacional hay consensos mínimos en materia de reconocimiento de derechos indígenas, estos consensos se han ido asentando desde finales de la década de los noventa y se encuentran plasmados en documentos, proyectos y planteamientos sobre el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas. A partir de dichos consensos es posible pensar en una propuesta de acomodación de la diversidad para Chile, que implique el establecimiento de mecanismos y procedimientos a partir de acuerdos institucionales representativos. Sin duda alguna habrá

⁷⁸² Estudio nacional de opinión pública. (2022). Encuesta CEP 88. Estudio nacional de opinión pública. https://www.cepchile.cl/wp-content/uploads/2023/01/CEP88_PPT_ANEXOS_CRUCES-1.pdf

sectores quienes anclados a la idea de unidad nacional y soberanía continuarán en una oposición cerrada a cualquier reconocimiento, lo mismo en relación a quienes - desde la otra vereda - acusaran de tibieza a cualquier reforma negociada. En efecto, como diría Hirshman en “*Las retóricas de la intransigencia*” no son propiedad de ningún sector político pero estas reformas son compartidas por sectores mayoritarios de la sociedad política chilena.⁷⁸³ Las diferencias estriban en la intensidad y contenidos de dichas reformas.

Otro eventual nudo, dice relación con negociaciones cerradas entre posiciones difíciles de conciliar o donde derechamente no exista consenso en cuanto a los contenidos de las normas. Es decir, mediante la consagración de normas abiertas que permitan discutir sus contenidos en un momento distinto a la escritura o dictación del texto o reforma constitucional. El constitucionalista alemán Carl Schmitt denominó a este tipo de normas como compromisos apócrifos, ello decía Schmitt no resulta posible si no hubiera inteligencia y entendimiento entre los partidos políticos, pero añade que este entendimiento e inteligencia no afecta el fondo del asunto. Toda vez que el acuerdo consiste en aplazar la decisión y dejar abiertas todas las distintas alternativas y significados posibles.⁷⁸⁴ En efecto, el uso de estas normas apócrifas requiere grados de pragmatismo y flexibilidad entre las partes que permitan la obturación del ruido ambiental propio de la fase agonal de la política. Cuestión compleja en momentos constitucionales como el chileno caracterizado por la exacerbación del conflicto y el atrincheramiento en posturas políticas no dialogantes. El uso de normas apócrifas requiere una negociación de buena fe y acuerdos de diálogo que antepongan los valores de la república y la paz social por sobre intereses partidarios o de clase.

Tercero el fetichismo constitucional. Esta práctica es denominada por algunos como una “*patología constitucional*”⁷⁸⁵ y consiste básicamente en otorgamiento de cualidades totémicas o metafísicas al texto constitucional. En efecto, el fetichismo considera al texto

⁷⁸³ Hirschman, H. (1991). *Retóricas de la Intransigencia*. Fondo de cultura económica.

⁷⁸⁴ Carl Schmitt señala que los compromisos apócrifos no afectan a decisiones objetivas logradas mediante transacciones, dado que su esencia consiste precisamente en alejar y aplazar la decisión. El compromiso estriba por ello en esos casos en encontrar una fórmula que satisfaga todas las exigencias contradictorias y deje indecisa en una expresión anfibológica la cuestión litigiosa misma. Como se cita en: Blanco, R. (2005). *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*. Alianza editorial. p. 232

⁷⁸⁵ Zuñiga Urbina, F. (2013). *Nueva Constitución y Operación Constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente*. Estudios Constitucionales, Año 11, No 1, pp. 511 - 540. ISSN 0718-0195 (505)

constitucional como creador o modificador de realidades. En este sentido, se entiende que el fetichismo constitucional es una distorsión del principio supremacía constitucional, a través de él se busca en la cristalización en el texto constitucional de programas de gobierno, deseos o aspiraciones de justicia por sectores de la sociedad. El fetichismo confunde la definición de reglas fundamentales con las aspiraciones de justicia de un sector político. Esta patología constituye una práctica riesgosa atendida que banaliza la idea de constitución, debilita el principio de supremacía y de rigidez constitucional. Transformando las reglas constitucionales en programas de gobierno y no en el reconocimiento de derechos y límites al poder político. La constitución se transforma en lo bueno y justo, entonces toda crítica a ella es un ataque a las creencias o ideales sostenido por sectores o mayorías circunstanciales. El fetichismo desplaza el debate constitucional desde el plano racional normativo a otro cercano al plano teológico:

*“En suma, el fetichismo constitucional convierte a la constitución en un instrumento de exclusión.”*⁷⁸⁶

Finalmente, es necesaria también la existencia de un poder legitimado que dirima las eventuales controversias de interpretación y determinación de los contenidos normativos del texto constitucional y resuelvan conflictos de competencia derivado de la delimitación de distribución competencial entre Estado central y unidades subnacionales. En el derecho comparado esta atribución puede recaer en los órganos jurisdiccionales como la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional quienes mediante opiniones consultivas o sentencias aclara el sentido y alcance de las normas fundamentales en su condición de intérprete final. En el caso de Chile la interpretación de la constitución corresponde al Tribunal Constitucional, según lo señalado en el capítulo primero de la presente investigación.

Para finalizar esta parte, resulta necesario señalar como desafío o brecha de implementación que estas reformas requieren una inspiración centrada en la ética de la responsabilidad mas no de la convicción - siguiendo la idea de Weber-⁷⁸⁷ En efecto implica la actuación con altos grados de pragmatismo, capacidad de negociación y de gradualidad.

⁷⁸⁶ Córdoba, M. (2023). *Fetichismo y reformitis constitucional*. Paréntesis Legal. <https://parentesislegal.com/fetichismo-y-reformitis-constitucional/>

⁷⁸⁷ Weber, Max. (1998) *El Político y El Científico*. Premia ed. Madrid 235 pp.

El proceso de acomodación debe entenderse como una política de estado de implementación paulatina, que requiere el restablecimiento de confianzas y la legitimación del poder político, su ejercicio y de quienes lo detentan. Ambos procesos son particularmente complejos particularmente cuando la confianza en las instituciones se encuentran profundamente fracturadas.⁷⁸⁸ Sin embargo, el momento constituyente chileno parece una oportunidad propicia para el inicio de este camino de reformas las que pretenden canalizar las tensiones por las vías institucionales y democráticas.

3.- Un modelo de acomodación constitucional para Chile.

Las ideas que se presentan se articulan en torno a la revaloración de la identidad como elemento fundamental para la adopción de las libertades fundamentales esenciales de quienes conforman la comunidad política nacional. Un modelo eficiente de acomodación institucional de la diferencia debe basarse en un conjunto de medidas institucionales y constitucionales de diversa naturaleza.

Esto supone la implementación gradual de medidas en tres dimensiones complementarias: Primero, el reconocimiento constitucional a derechos colectivos en función del grupo que incluya reconocimiento a la preexistencia de los pueblos indígenas, autodeterminación, derechos de participación democrática, a sus tierras ,territorios y recursos naturales, y finalmente derechos culturales y de la polietnicidad; Segundo reformas institucionales y constitucionales orientadas a la redistribución del poder político desde el centro metropolitano hacia las unidades subnacionales, mediante la profundización gradual - y asimétrica - del proceso de descentralización política administrativa, fiscal y territorial implementado en Chile desde el año 2005. Tercero -y también en el plano administrativo institucional - y coordinación- la implementación de reformas orientadas a la definición de políticas indígenas. Ellas implican la creación de órganos públicos encargados de su coordinación intersectorial, como también de la profundización del proceso de descentralización a nivel nacional y local.

⁷⁸⁸ Ver capítulo IV. En efecto, ahí analizamos el fenómeno del restablecimiento de confianzas en el ejercicio del poder político en aquellas sociedades fracturadas producto de conflictos prolongados. Así planteamos que la educación para la paz es una herramienta indispensable para su obtención.

Aun cuando se colige de la propuesta, es evidente que este modelo de acomodación requiere de un marco de reformas constitucionales e institucionales en el largo plazo a través de una política de Estado con altos grados de coordinación. En efecto, y tratándose del pueblo mapuche su implementación debe concentrarse territorialmente en las regiones de La Araucanía, Los Ríos y Los Lagos incorporando la fórmula de descentralización asimétrica mediante grados diferenciados de distribución competencial.

Adicionalmente esto implicaría no solo una consagración constitucional de los derechos sino adicionalmente de la legislación adecuatoria que determine el alcance de los derechos reconocidos como asimismo los niveles de descentralización requeridos. Por eso se plantea que el proceso de implementación debe ser gradual mediante la definición de políticas de Estado diseñadas en conjunto con los pueblos indígenas y evidentemente también el pueblo mapuche mediante un proceso participativo e incluyente. Las modificaciones que se plantean para la construcción de este modelo no buscan bajo ningún caso la refundación de la república y un quiebre en la continuidad del Estado ni menos aún encubren afanes secesionistas como algunos podrían suponer. Esta propuesta no puede estar más alejada de aquellas pretensiones refundacionales sostenidas por corrientes decoloniales. Por el contrario, se busca garantizar la paz social y la redistribución del ejercicio del poder político que permita adecuar las reglas democráticas chilenas a los desafíos del siglo XXI.

Con todo, la magnitud de las reformas que se plantean implican la introducción de principios como el pragmatismo, gradualidad, cooperación, justicia, participación indígena y responsabilidad. La adecuada consideración de estos elementos resulta indispensable para el éxito de su implementación.

En lo que sigue se analizara al contenido específico de la propuesta según los ejes más arriba mencionados, esto es: derechos colectivos, institucionalidad y coordinación institucional. Del mismo modo, se hace presente que para efectos de claridad cada una de las propuestas que conforman el modelo de acomodación se desarrolla a partir de una redacción resaltada y referencial, siguiendo el sentido de un eventual texto constitucional.

De este modo la propuesta trabajada durante esta investigación adquiere una materialidad coherente y armónica, siendo presentada de una manera concreta para de este

modo comprender los conceptos claves que lo conforman y cuyos elementos se presentan a continuación.

3.1.- Reconocimiento constitucional de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Estos derechos deben comprender el reconocimiento de los pueblos indígenas y su preexistencia. Este constituye el corazón de una modelo de acomodación de la diversidad etnonacional. La constitución, como el reflejo de las reglas fundantes de la comunidad política y que fija los consensos centrales de la convivencia nacional, debe incorporar derechos colectivos en función del grupo. En el reconocimiento constitucional releva la importancia de los pueblos indígenas como sujetos de derechos, cuya identidad es valorada y reconocida. Es precisamente en el ámbito de los derechos donde se transforma en un otro legítimo, es decir en un sujeto dotado de derechos. Mediante el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos como la autodeterminación, derecho a la participación, a las tierras, territorio, recursos naturales y derechos de la polietnicidad o culturales. Una norma de tal relevancia debería encontrarse en las bases de la institucionalidad donde se reconocen los valores y principios constitucionales que irradian al ordenamiento.

Según lo relevado durante este trabajo es posible sostener que un reconocimiento coherente con un modelo adecuado debería tener los siguientes ejes centrales:

a.- El Estado reconoce que los pueblos indígenas son descendientes de agrupaciones humanas presentes en territorio nacional desde tiempos precolombinos, que como tales gozan de derechos colectivos al autogobierno y en virtud de este derecho participan en la toma de decisiones democráticas del país y en la formulación de políticas que les atañen directamente. Es deber del Estado garantizar la participación indígena en igualdad de condiciones que el resto de la población nacional

b.- Los pueblos indígenas tienen derecho a la protección de sus tierras, territorios y a los recursos naturales existentes en ellas. Es deber del Estado respetar, proteger y promover el derecho de los indígenas a la propiedad, acceso y administración de sus tierras, territorios y recursos naturales. El Estado debe proteger la especial relación de los indígenas con sus tierras y territorios.

c.- Los pueblos indígenas tienen el derecho a practicar su cultura, valores, creencias. Es deber del Estado respetar proteger y promover la cultura indígena su lengua, patrimonio material e inmaterial, como también sus mecanismos de resolución de conflictos.

Esta ejemplificación permite reconocer a los indígenas y su capacidad para incidir en sus destinos colectivos y en los destinos del país resguardando elementos básicos para su subsistencia como el territorio sus tierras y los recursos naturales en ellas emplazados. En efecto, los derechos colectivos se deben expresar en el reconocimiento del autogobierno, representación democrática en el marco del Estado territorial indígenas y sus culturas.

3.1.1.- Derecho colectivo a la preexistencia, al autogobierno indígena y derechos a la participación democrática.

El reconocimiento al derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas como grupos humanos preexistentes al Estado, que provienen desde tiempos precolombinos y cuya presencia es anterior al Estado nacional.

a.- Derecho al reconocimiento a la preexistencia de los pueblos indígenas como entidades anteriores al estado nación.

Los pueblos indígenas constituyen sectores no dominantes de las sociedades nacionales y se trata de sociedades domesticadas, invisibilizadas y discriminadas por las estructuras de poder colonial y republicanas que se encuentran actualmente en situaciones desventajosas en relación a la sociedad mayoritaria. El origen de esta desventaja se debe a la perpetuación de una relación asimétrica, históricamente enraizada, en el acceso al poder político. Los indígenas son grupos que poseen una lengua y cultura propia, un sentido de territorialidad real y simbólica y una continuidad histórica, es decir una idea de pasado, presente y proyección al futuro. Los pueblos indígenas se consideran como sociedades distintas de la sociedad mayoritaria y demandan su reconocimiento como tales.

Tratándose del pueblo mapuche, fueron reconocidos por la corona española en los tratados denominados *parlamentos* los que rigieron durante toda la vida colonial hasta

entrada la República. La institución de los parlamentos reconocía autonomía y autogobierno mapuche en su territorio y como contrapartida los indígenas se sometieron a la autoridad imperial. Estimamos que en consideración al alto valor histórico y simbólico que entrañan resulta indispensable como medida reconocimiento la existencia de dichos acuerdos, que reflejan la preexistencia indígena, su presencia pre republicana y su importancia como antecedente histórico para el sustento de propuestas de autonomía interna.

No se plantea en esta propuesta un reconocimiento en el sentido de la constitución canadiense en términos de reconocer la vigencia actual a dichos instrumentos como normas vigentes. Sino más bien como un antecedente simbólico que refleja las relaciones dialogantes entre el poder colonial, su sucesor y los mapuches a lo largo de la historia chilena tanto colonial como republicana.

b.- Derecho al autogobierno indígena en el marco del Estado nacional.

Junto a la preexistencia, los pueblos indígenas tienen el derecho a la autodeterminación, es decir al reconocimiento al derecho al autogobierno en el marco de la soberanía estatal y en el ejercicio de los derechos políticos y representación democrática. En efecto, el autogobierno indígena, debe tener una raigambre constitucional y se ejerce en el marco del Estado nacional. su reconocimiento no puede ser un argumento para procesos separatistas o secesionistas. En este sentido la idea de autogobierno indígena dice relación con el goce y ejercicio de atribuciones de autorregulación normativa, política y administrativa en el marco de sus territorios ancestrales.

El profesor Francisco Zúñiga Urbina, citando a Parejo Alfonso, sostiene como definición común de autonomía:

*"...Una cualidad de un sujeto, una organización, consistente en una cierta capacidad de autorregularse, quedando su configuración entregada a la Constitución y ordenamiento jurídico."*⁷⁸⁹

⁷⁸⁹ Zúñiga, F. (2007). Autonomías constitucionales e instituciones contra mayoritarias (a propósito de las aportaciones de la "democracia constitucional". *Ius et Praxis*, 13(2), 223-244. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000200010>

Por su parte Roberto Blanco Valdés, sostiene que existe una insociabilidad entre la unidad nacional y la autonomía regional. Ante todo, resulta claro según Blanco Valdez, que la autonomía hace referencia a un poder limitado no soberano. Que toda organización territorial es autónoma pero parte de un todo. La autonomía alcanza su verdadero sentido dentro de la unidad nacional.⁷⁹⁰

De acuerdo a esta propuesta se estima que la autodeterminación en versión autogobierno indígena puede materializarse mediante dos mecanismos diferentes: Por una parte mediante la participación política diferenciada en las instancias locales o regionales. Es decir, mediante la participación electoral con escaños reservados en las instancias municipales y regionales según la proporción poblacional indígena, debiendo asegurarse en todo caso al menos un porcentaje mínimo cercano al 10% de la población indígena.⁷⁹¹ De esta manera las comunidades indígenas pertenecientes al pueblo mapuche pueden incidir directamente en la toma de decisiones en el marco de la sociedad democrática.

Mientras la primera asegura la participación indígena en el proceso electoral mediante un número de candidatos que porcentualmente corresponda a la población indígena no garantiza su elección toda vez que estimula la oferta democrática. Mientras que la segunda garantiza la elección y resultado dentro de un universo total. En Chile han sido utilizados ambos mecanismos para incentivar la elección de mujeres en cargos de elección popular sin embargo ello tensiona la idea central de la democracia cuál es la igualdad de votos.

Una segunda alternativa a proponer dice relación con la materialización del autogobierno, entendida como ejercicio de atribuciones políticas administrativas y

⁷⁹⁰ Tribunal Constitucional Español. Sentencia STC/ 4 1981, 2 de febrero de 1981. Tribunal Constitucional Español. Sentencia 31/2010. Año 2010. <https://hj.tribunalconstitucional.es/>

⁷⁹¹ Siguiendo al modelo alemán de representación de las minorías étnicas aplicado preferentemente a las minorías danesa en el norte y polaca en el este de Alemania. Así la legislación alemana permite la participación de las minorías etnonacionales en los parlamentos regionales o Lander, estableciendo una barrera de entrada del 5% de la población. Se propone en nuestro caso que la barrera sea del 10% atendida las razones de migración interna toda vez que debido a las condiciones de trabajo gran parte de la población indígena se ha desplazado a ciudades que no conforman sus territorios históricos. Como se cita en: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2015). *Representación Indígena en Poderes Legislativos. Claves desde la Experiencia Internacional. Programa de Gobernabilidad Democrática*. N° 2.

https://www.estudiospnud.cl/wpcontent/uploads/2020/04/undp_cl_gobernabilidad_informe_representacion_indigena.pdf

normativas en un sustrato territorial acotado. Haciendo un símil con las entidades territoriales indígenas de Colombia - vistas en el capítulo IV- o las áreas de desarrollo indígena de la ley 19.253 chilena o ADIs- capítulo II del presente trabajo- extensamente tratadas en esta investigación.

En ambos casos - ETIs y ADIs- se trata de espacios territoriales donde las comunidades indígenas participan en la toma de decisiones en planos administrativos y con niveles de autonomía limitada en relación a la administración de recursos públicos y adopción de decisiones públicas limitadas. La propuesta que se plantea incorpora nuevos mecanismos constitucionales y un mayor nivel de atribuciones y competencias. Debiendo incorporarse atribuciones relativas a la definición de los planes de desarrollo local y planificación territorial.

Estas entidades, pueden contar con personalidad jurídica de derecho público debiendo encontrarse sometidas jerárquicamente al gobierno regional, a la Constitución y las leyes. Junto con las referidas atribuciones el gobierno regional podrá transferir atribuciones adicionales en virtud de acuerdo con el consejo regional. El estatuto de estas organizaciones deberá ser autorizado por el gobierno regional y su actuar estaría sujeta a fiscalización por la Contraloría General de la República.

Al igual que las actuales ADIs, las Áreas Territoriales podrán conformarse en aquellos territorios donde exista una alta densidad de comunidades indígenas y homogeneidad poblacional nunca en un porcentaje inferior al 60% de la población de origen indígena. Adicionalmente se requerirá acreditar la capacidad organizacional de las comunidades en la gestión de recursos públicos y ejercicio de atribuciones. Siguiendo el sentido establecido por la constitución boliviana en términos del establecimiento de criterios para la creación de los territorios indígenas.⁷⁹²

El procedimiento de constitución de estas entidades nacería de las mismas organizaciones indígenas y sus autoridades tradicionales quienes deberían solicitarlo al

⁷⁹² Las autonomías indígenas, su procedimiento de conformación, articulación y competencias se encuentran desarrollados principalmente en el Capítulo VII, artículos 289 y siguientes de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009. Constitución Política del Estado de Bolivia. [Const]. 2009. https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf

gobierno regional con aprobación del senado de la república.⁷⁹³ En igual sentido el gobernador regional con acuerdo del senado podrá revocar el reconocimiento en casos graves y/o en que se hiciere un uso indebido de la autonomía concedida. El autogobierno indígena tendría como límite infranqueable el respeto a los derechos fundamentales de sus integrantes y lo dispuesto en la constitución y las leyes.

Tratándose del pueblo mapuche este puede ejercerse en el marco de sus comunidades o reservas. Expresándose en el derecho de decidir sobre sus prioridades, desarrollo y gestión de recursos públicos.

c.- Derechos políticos y de participación de los pueblos indígenas.

El reconocimiento a la autodeterminación indígena debe materializarse mediante el reconocimiento de derechos políticos y de participación en sus territorios ancestrales. Los derechos políticos y de participación pueden manifestarse en dos dimensiones; la participación de los indígenas y comunidades en el diseño de políticas a nivel nacional y el derecho de los indígenas a ser consultados.

● *Derechos de participación democrática*

En cuanto a los derechos políticos reconocidos ellos podrán ejercerse mediante la participación reservada en los niveles representativos democráticos a nivel nacional especialmente cuando se trate de espacios que definen políticas indígenas.⁷⁹⁴ Esta medida se puede cristalizar o materializar mediante la creación de un Consejo de pueblos indígenas tal como lo planteó la presidenta Bachelet en su fallida reforma del 2016 -18.

⁷⁹³ Entenderemos por autoridades tradicionales, en los términos consignados en el convenio 169 de la OIT, esto es aquellas que son reconocidas como tales por los pueblos y comunidades indígenas. Sean autoridades religiosas, políticas o sociales. Independientemente del reconocimiento estatal.

⁷⁹⁴ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. (2021). Informe del PNUD entrega análisis de experiencias internacionales de cambios constitucionales y ejemplos de mecanismos de participación ciudadana. <https://www.undp.org/es/chile/news/informe-del-pnud-entrega-analisis-de-experiencias-internacionales-de-cambios-constitucionales-y-ejemplos-de-mecanismos-de-participación>

El consejo de pueblos indígenas reemplazaría la CONADI en sus funciones de órgano asesor en el diseño de políticas públicas indígenas. Él tendría como función actuar como contraparte en materia de diseño de políticas públicas en materia indígena. Sus integrantes que debieran ser electos de manera democrática de acuerdo a un padrón electoral indígena tendría por objeto representar proporcionalmente a cada uno de los nueve pueblos indígenas reconocidos por la legislación, pero con una presencia mayoritaria mapuche en relación a su peso demográfico. La función de este órgano sería única y exclusivamente incidir en la definición de políticas públicas indígenas a nivel nacional.

- ***Derecho a ser consultados de acuerdo a los estándares internacionales del C169 de la OIT.***

Un planteamiento central de la propuesta que se presenta implica el reconocimiento de rango constitucional del derecho de los indígenas a ser consultados en aquellas materias implementadas por el Estado y que sean susceptibles de afectar directamente a los indígenas y comunidades, en los términos del Convenio 169 de la OIT.

La consulta deberá implementarse cada vez que el Estado en cualquiera de sus niveles desee implementar medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los indígenas y sus comunidades. En dichos casos la implementación de la consulta deberá efectuarse de manera previa, de buena fe y en conformidad a procedimientos adecuados con miras a la obtención de un consentimiento informado. La implementación de la consulta siempre es responsabilidad del Estado cualquiera sea la medida administrativa o legislativa que se busque realizar. En esta propuesta corresponderá su ejecución al Ministerio de Asuntos Indígenas en coordinación con el órgano específico que decida implementarla (de competencia ambiental, minera, laboral, salud etc.).

Siguiendo los lineamientos del Convenio 169 resulta relevante elevar a rango constitucional tanto la consulta como su procedimiento de implementación a fin de reconocer la importancia de la participación indígena en las decisiones que les atañen como asimismo como una forma de estandarizar el actuar del Estado definiendo un mecanismo general de consulta.

Los mecanismos de consulta indígena deberán considerar y resguardar la dimensión colectiva de los derechos potencialmente amagados y ser implementada a través de los procedimientos adecuados con miras al logro de un consentimiento indígena. De igual manera deberán consultarse siempre los planes de desarrollo local y regional cada vez que afecten o sean susceptibles de afectar directamente los intereses de los pueblos y comunidades indígenas. En especial tendrá que realizarse la consulta cuando el Estado quiera hacer uso, aprovechamiento y/o explotación de los recursos naturales del suelo y subsuelo emplazados en tierras o territorios indígenas o pretenda establecer definiciones de planes y programas de desarrollo nacional o regional que afecten o puedan afectar a los pueblos indígenas en particular al mapuche.

3.1.2.- Derechos a la tierra, territorio y recursos naturales.

Como se ha señalado reiteradamente en el transcurso de este trabajo la tierra el territorio y los recursos naturales constituyen la base material de la existencia indígena el espacio donde la autodeterminación se expresa en concreto. Para los pueblos indígenas el territorio y sus tierras son ejes fundantes de su culturas manteniendo una relación especial con estos elementos pues son partes centrales de la existencia y cultura indígena, de ahí la obligación de protección desde el estado.

Los conceptos de tierras, territorios y recursos naturales se encuentran íntimamente relacionados. Por lo que se mantendrá el tratamiento de ellos en un acápite común. Siguiendo la nomenclatura usada hasta acá para fines prácticos se mantendrá el tratamiento diferenciado entre las tierras indígenas, sus territorios y finalmente recursos naturales.

a.- Derecho a las tierras y territorios indígenas y a su protección.

En el ámbito de las tierras indígenas estimamos que un adecuado mecanismo de protección a la tenencia indígena debería al menos mantener las restricciones, limitaciones y protecciones de las tierras indígenas contempladas en la Ley 19.253. Junto con estas protecciones y atendida la continua demanda por la propiedad de “*tierras ancestrales*”, se propone la conformación de instancias administrativas que permitan determinar y

demarcar las tierras indígenas que actualmente ocupen o posean en propiedad y aquellas tierras reivindicadas por comunidades indígenas como tierras ancestrales o tradicionales, como también aquellas que se encuentran en disputa entre comunidades mapuche, privados y el Estado de Chile.

El objetivo de esta medida es documentar y determinar la extensión del conflicto territorial y que el Estado tenga una adecuada noción de la dimensión de la demanda territorial mapuche e indígena e implemente las medidas necesarias para adoptar procesos de restitución.

En cuanto al territorio, el Estado debe reconocer la relación especial de los pueblos y comunidades indígenas, especialmente mapuche, con su tierras y territorios. En relación a los derechos territoriales, el Estado debería garantizar el uso y acceso de los indígenas y sus comunidades a los recursos indispensables para su subsistencia que se encuentren en dichos territorios, sean marítimos o terrestres para ello resulta indispensable la incorporación de normas constitucionales que lo reconozcan expresamente.

El concepto de territorio a considerar es aquel señalado en el convenio 169 que entiende dicho concepto como aquel hábitat que los indígenas usen o utilicen de una u otra manera. Sobre este punto pareciera pertinente recordar las palabras de Erica Irene Daes,⁷⁹⁵ quien señaló que la noción de territorio indígena no debe entenderse como integridad territorial en términos de soberanía - cualidad que únicamente corresponde al Estado- sino a una relación de dependencia y soporte indispensable para la vida colectiva de los pueblos indígenas, permitiendo o no embarazando su goce y disfrute mediante la implementación de medidas positivas que así lo permitan por ejemplo el acceso al borde costero, sitios religiosos de valor cultural o ecosistémico para los indígenas.

b.- Derecho al acceso y administración de los recursos naturales en tierras o territorios indígenas.

⁷⁹⁵ Daes, E. (1994). Minorías en Europa: derechos políticos, económicos, sociales, culturales, humanitarios, religiosos y lingüísticos. Palais des Nations <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/713.pdf>

La propuesta debe incorporar el derecho de los indígenas y sus comunidades al acceso y disfrute de recursos naturales que se encuentren comprendidos en los territorios y tierras indígenas. Ello implica el derecho de los indígenas al acceso, utilización y administración de los mismos para su uso tradicional cultural o ancestral. Especialmente el Estado debería resguardar el acceso a aquellos recursos existentes en territorio indígena que sean indispensables para subsistencia de las comunidades mapuche.

El derecho a los recursos naturales incluye la garantía del libre acceso y extracción de los recursos naturales, comprendiendo el espacio terrestre, marítimo, los recursos acuíferos, cuencas y parques nacionales. Tratándose de las aguas internas y especialmente en relación a las cuencas y manejo las comunidades indígenas podrán participar en el diseño de los planes de administración y en la gestión integrada de las mismas.

Por último, en relación a los recursos naturales del subsuelo. El Estado debe garantizar a los indígenas que cuando se implementen o desarrollen proyectos o actividades de inversión extractiva los indígenas deberán ser consultados. Este derecho debe incluir la consulta y participación indígena en la implementación, administración, a ser indemnizados en caso de los daños producidos por dichos proyectos y a la participación equitativa de los beneficios de la explotación. Tratándose de aquellos casos que la ley nacional permite la obtención de concesiones de explotación o exploración de los recursos naturales como las aguas y recursos mineros, los indígenas tendrán el derecho a ser consultados en caso de afectación y el derecho preferente de concesión, sin perjuicio sancionar el abuso del derecho.

c.- Implementación de los “Benefit Sharing Agreements”. Los acuerdos de participación equitativa en los benéficos (PEB) entre comunidades indígenas y empresas y otras medidas redistributivas.⁷⁹⁶

⁷⁹⁶ Los acuerdos de beneficio compartido son acuerdos suscritos entre comunidades indígenas, el sector público y/o privado en que se establecen reglas de participación y beneficios económicos para los indígenas provenientes de la explotación de proyectos extractivos o proyectos de inversión implementados en sus territorios. Woodward & Company for the Ecosystem-Based Management Working Group. (2016). Op. Cit.

El objetivo de esta recomendación es asegurar a los indígenas la mitigación y compensación de los impactos adversos sufridos durante el proceso de desarrollo, diseño y explotación de proyectos y actividades extractivas en sus territorios. Este derecho, bajo la lógica de justicia distributiva, debería tener por finalidad un reparto equitativo de las pérdidas y los beneficios de la exploración, producción o explotación de dichos recursos sean renovables o no renovables.

Esta medida puede consistir en la formulación de una política de inversión y relacionamiento a largo plazo entre empresas, derechos humanos, pueblos indígenas y el Estado con participación de todos los sectores involucrados. De esta forma tanto las comunidades indígenas como la sociedad regional y el sector privado forestal podrían establecer una relación equitativa que disminuya los conflictos socioambientales y aumente la confianza entre los involucrados. Esta iniciativa redundaría en el logro de relaciones más simétricas entre los indígenas y el sector público y privado. Así se permitiría socializar, de modo democrático, no solo las externalidades provenientes de estas actividades, sino también las ganancias, a fin que las comunidades indígenas sean partícipes de los tenga un acceso equitativo a los beneficios que estas actividades generan. La idea detrás de estos acuerdos es compartir e implementar medidas “*win win*” entre las partes.⁷⁹⁷

Esta medida puede materializarse de distintas maneras, sea mediante la creación de fondos fiduciarios que tengan como destinatarios a comunidades u organizaciones indígenas, o aportaciones directas individuales y colectivas destinados a cofinanciar programas de salud y educación o infraestructura, programas de subcontratación indígena etc.

De cualquier forma, estos acuerdos de participación deberían implementarse mediante una intervención tripartita entre estados, comunidades indígenas y empresas privadas. Un ejemplo plausible consiste en la implementación de políticas en el ámbito de la industria forestal la cual constituye la principal actividad económica en el centro sur del país; este tipo de iniciativas disminuiría los conflictos e impactos adversos que la industria del monocultivo forestal genera en comunidades indígenas de la Región de La Araucanía y Los Ríos. Igual iniciativa en materia de la industria salmonera y producción eléctrica también presente en territorio mapuche.

⁷⁹⁷ Shonk, K. (2023). Op. Cit.

Esta medida debiera complementarse con la posibilidad de traspasar al nivel regional competencias de descentralización impositiva que actualmente gravan la actividad económica regional. En este sentido la transferencia de competencias impositivas contribuiría al desarrollo armónico de las regiones y el centro metropolitano.

3.1.3 Los derechos de la polietnicidad o derechos culturales (lingüísticos, patrimoniales y derecho consuetudinario).

Un aspecto relevante para el diseño de un modelo de acomodación en el plano normativo es que responda adecuadamente a las tensiones étnicas para lo cual el estado debe hacerse cargo de la obligación justicia simbólica con los indígenas. Ello estriba en la incorporación y reconocimiento de derechos colectivos de carácter cultural asociados a identidad, memoria, lengua, derecho consuetudinario y cultura indígena. En efecto el reconocimiento a la lengua, la promoción de la educación intercultural, la revitalización lingüística, el reconocimiento a los conocimientos ancestrales de saludo y modos de vida, como también la adopción de medidas potentes de memoria histórica indígena constituyen medidas dirigidas a reconocer y valorar el aporte de los pueblos indígenas a la sociedad nacional.

a.- Reconocimiento a derechos lingüísticos, culturales y la protección del patrimonio material e inmaterial indígena.

Los derechos culturales y lingüísticos tienen por finalidad garantizar a los pueblos indígenas el ejercicio de su propia cultura. Hasta ahora las disposiciones de la Ley Indígena chilena han permitido avanzar en el reconocimiento de los derechos culturales indígenas, pero no han sido suficientes para garantizar su vigencia efectiva. Ergo, es necesario introducir normas que profundicen dicha protección mediante disposiciones que garanticen el patrimonio material e inmaterial indígena. Por ejemplo el establecimiento de protecciones legales estrictas a lugares o sitios de significación cultural y religiosa, mediante la implementación de políticas de restitución patrimonial, la fundación de museos indígenas y normas de protección a los conocimientos y prácticas tradicionales. Estableciendo, por ejemplo, normas estrictas contra la biopiratería.

En materia de derechos lingüísticos, deberá implicar el respeto, protección y difusión de las lenguas indígenas y la implementación de planes de educación intercultural de carácter obligatorio en regiones y comunas de alta población indígena. En aquellas regiones de alta población indígena la declaración de cooficialidad de la lengua indígena cuyo uso debe ser garantizado en igualdad de condiciones que el castellano.

b.- Valoración de las lenguas indígenas, promoción de la educación intercultural, educación para la paz, memoria histórica y reconciliación.

Una medida relevante es la declaración de cooficialidad de las lenguas indígenas en aquellas regiones donde se concentra la población perteneciente a dichos pueblos. La declaración de cooficialidad implica un reconocimiento a lenguas que históricamente no han carecido de prestigio social siendo su reconocimiento una medida de justicia.

Por otro lado, la implementación de planes de educación intercultural permitirá la construcción de puentes de diálogo entre sociedades que se consideran en las antípodas. La educación es un espacio democratizador donde se reproducen prácticas y valores sociales y permite instancias de diálogo y aprendizaje de modos de relacionamiento. En efecto la educación intercultural contribuye a crear y reproducir la lengua, identidad y cultura indígena pero también permite valorar la identidad indígena, fortaleciendo el sentido de pertenencia colectiva. El potencial de la educación transforma a la relectura de la historia e historiografía en una útil herramienta de pedagogía para la paz en un ámbito de acción determinante para la transformación de una sociedad que puede arrastrar siglos de dolor y violencia. Este derecho colectivo de los pueblos indígenas está determinado por la incidencia en la educación de sus miembros mediante la elaboración de currículos del ciclo educativo los cuales deben incorporar las memorias e historia indígena. La implementación de educación intercultural puede implementarse sea como política de gobierno regional o bien concentrarse en aquellos territorios de alta concentración de población indígena.

Un ejemplo de políticas de revitalización exitosa las constituyen las implementadas en las regiones autónomas españolas. La Constitución de España establece que el castellano

es la lengua oficial.⁷⁹⁸ Sin embargo, agrega que las lenguas propias de cada una de las comunidades autónomas pueden ser oficiales en dicha comunidad de acuerdo a sus estatutos de autonomía este es el caso del Gallego del Vasco y Catalán entre otras. Esto ha llevado a la dictación de leyes de fomento protección y promoción de las lenguas de comunidades autónomas en conjunto con el castellano. Como ilustración, vale la pena destacar que en el caso español los estatutos de autonomía de Cataluña País Vasco, Galicia, Belears y Valencia declaran la cooficialidad de sus respectivas lenguas prohibiendo todo tipo de discriminación al uso de las mismas. Estas regiones han aprobado leyes de normalización lingüística a fin de potenciar la práctica de sus idiomas en tanto y cuando se realice en igualdad de condiciones que el castellano. En el caso de Chile han existido ejemplos acotados de revitalización y cooficialidad lingüística uno de estos casos fue la comuna de Galvarino - una de las 32 comunas de la región de la Araucanía - cuando en el año 2013 el consejo municipal de la comuna declaró la cooficialidad del mapudungun junto al castellano. Esta declaración se tradujo en su enseñanza de la lengua indígena en colegios públicos comunales y modificación de programas educativos comunales.⁷⁹⁹

Pareciera que el fortalecimiento de las lenguas indígenas y la implementación de planes de revitalización lingüística del *mapudungun* – idioma mapuche-, como asimismo su proceso estandarización y enseñanza en el marco del proceso educativo permitiría la revitalización del mismo, estimulando de paso el prestigio social.

Como lo establecen recientes informes de las Naciones Unidas – UNESCO- el mapudungun constituye una lengua en riesgo de extinción. Esto requiere la adopción de medidas urgentes por parte del Estado con la finalidad de fortalecer y revitalizar su uso tanto

⁷⁹⁸ Artículo 2 de la Constitución Española:

“1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.

2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.

3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.”

⁷⁹⁹ Pino, A. (2013) Galvarino es la primera comuna de Chile en establecer el mapudungun como su idioma oficial. *Bibiochile.cl*. <https://www.bibiochile.cl/noticias/2013/08/07/galvarino-es-la-primer-comuna-de-chile-en-establecer-el-mapudungun-como-su-idioma-oficial.shtml>

por indígenas como no indígenas.⁸⁰⁰ Estas medidas se conocen como normalización lingüística y consiste en la adopción de políticas públicas dentro de los gobiernos subnacionales orientadas al conocimiento de sus respectivas lenguas especialmente en el ámbito de la educación de la administración, los medios de comunicación etc. en conjunto con el castellano como lengua de uso franco.

Vinculado a la anterior, esto es derechos a la educación y lingüístico, resulta pertinente incorporar e implementar un eje transversal de la educación que releve la cultura para la paz y el diálogo intercultural. La educación debe incorporar la cultura para la paz como eje transversal y resultado de aprendizaje. Si bien debe considerarse como un eje transversal debería implementarse con especial énfasis en zonas o sectores de alta conflictividad y violencia étnica. Debe estar orientada a su promoción desde los niveles más básicos comenzando en educación preescolar primaria y secundaria. La educación permite formar sociedades inclusivas, tolerantes y democráticas.

Por último, en lo relativo a medidas de memoria y reconciliación, en este eje incluimos propuestas que buscan dar señales simbólicas a la sociedad nacional orientadas a relevar la historia indígena y generar conciencia en la población sobre sus historias y memorias. En este sentido valorar la protección del patrimonio cultural y simbólico de los pueblos indígenas no sólo material, sino que también inmaterial al igual que sus símbolos festividades y costumbres en las mismas condiciones que las no indígena.

c.- Derecho propio y derecho consuetudinario indígena.

El reconocimiento debe consistir en la incorporación de normas que signifiquen la atribución y facultad de los pueblos y comunidades indígenas de utilizar aquellas normas propias para la resolución de conflictos internos de relevancia jurídica. Incluirá la posibilidad que estos casos sean resueltos por las autoridades tradicionales indígenas o por los juzgados

⁸⁰⁰Jerez, C. (2019). El mapudungun, una lengua en situación de resistencia. *Noticias ONU*. <https://news.un.org/es/story/2019/04/1454571>

nacionales competentes, debe garantizarse siempre el derecho de salida de las partes y el Estado deberá proveer las garantías del debido proceso.

Este reconocimiento debiese extenderse a materias civiles especialmente en aquellas materias y disputas relativas a la propiedad, posesión o uso de tierras indígenas. Como también a materias penales. La costumbre indígena constituirá derecho en los litigios entre indígenas. En la resolución de estos conflictos las comunidades indígenas deberán resolver las disputas de acuerdo a sus valores y costumbres. En efecto, los límites deberían estar dados por el respeto de los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana.

3.2.- Procedimientos institucionales. La determinación constitucional de una descentralización asimétrica: un Estado unitario y descentralizado.

Junto con el reconocimiento de derechos colectivos y de una ciudadanía diferenciada es indispensable la implementación de “*institutional procedures*” o medidas institucionales orientadas a la redistribución del poder político que detenta el Estado mediante la consagración constitucional de un modelo de Estado unitario descentralizado con la posibilidad de asimetrías regionales. Dicha descentralización debe basarse en los principios del reconocimiento a la coordinación, diferencial regional, a la solidaridad y desarrollo armónico de las regiones que componen el país. En este sentido la experiencia autonómica española nos permite pensar en cambios constitucionales que permitan incorporar grados progresivos de autonomía, autogobierno y descentralización territorial mediante un proceso de transferencia competencial desde el nivel central hacia las regiones.

El modelo de acomodación institucional requiere de una adecuada determinación a nivel constitucional del proceso de descentralización administrativa, financiera y política desde el nivel central al regional. Es decir, requiere de una profundización de la descentralización incorporando la descentralización política y financiera mediante el traspaso de competencias hacia las subunidades nacionales. En la constitución de 1980 las reformas descentralizadoras – según se ha visto- han sido graduales y lentas. Ergo, es indispensable su profundización mediante la incorporación de aspectos administrativos, territoriales, políticas y financieros.

Esta descentralización puede implementarse de modo diferenciado en cuanto a los niveles de competencias entre regiones. Resulta perfectamente posible considerar las características especiales de cada región como un sustrato para argumentar mayores o menores niveles de descentralización y atribuciones competenciales, es decir planteamos la idea de un regionalismo asimétrico. En este sentido el paralelismo entre el proceso político español y chileno pueden arrojar luces sobre la construcción gradual de una forma de Estado descentralizado basado en “*hechos diferenciales*”.⁸⁰¹ Desde luego también puede advertirnos sobre dificultades y obstáculos que el tránsito desde un modelo unitario, centralista y autoritario hacia otro con mayores grados de descentralización política hacia entidades locales puede entrañar. En lo que sigue, se identificara detalladamente cada una de estas dimensiones traduciéndose en propuestas concretas y específicas. Adicionalmente estimamos que la descentralización financiera es clave para la sustentabilidad de toda propuesta de redistribución del poder democrático, aún más si tiene como sustrato la definición de una nueva relación con los pueblos indígenas. No puede existir descentralización regional o indígena sin descentralización fiscal eficiente.

La descentralización fiscal no significa en ninguna circunstancia el aumento de la carga impositiva al sector privado. Por el contrario, esta medida tendría por único objeto una redistribución de los impuestos desde el nivel central al subnacional. Esta medida debería ir asociada a la eficiencia en el gasto público mediante la optimización de procedimientos, planes, programas, instituciones y evidentemente la transparencia en el gasto público que permita la verdadera focalización de los recursos públicos en quienes se encuentran en situaciones más desventajadas.

En este sentido, en coherencia con lo relevado durante este trabajo es posible sostener que un reconocimiento con un modelo de distribución del poder basado en la forma

⁸⁰¹ Eliseo Aja entiende los hechos diferenciales como: el reconocimiento constitucional y estatutario de los elementos de una personalidad histórica política diferenciada en algunas CCAA estará constituido por particularidades lingüísticas, culturales, políticas y étnicas que harían a algunas territorios acreedores de un trato diferenciado del resto en razón de dicha tradición. Adicionalmente su reconocimiento proporciona un fundamento objetivo para que las instituciones de las respectivas comunidades mantienen y desarrollan su propia personalidad más allá de la genética potestad de autogobierno que comparten con las demás. Aja, E. (2014). *Estado Autónomico y Reforma Federal*. Alianza Editorial. p 408.

Estado unitario pero descentralizado debería considerar, al menos, los siguientes ejes centrales:

a.- El Estado es unitario. Su territorio se divide en regiones y su administración será territorial, gubernativa, administrativa y económicamente descentralizada. Cada región tendrá su respectivo estatuto regional el cual tendrá el carácter de Ley Orgánica Constitucional requiriendo para su aprobación el quórum de 4/7 de los diputados y senadores según se establece en el artículo 66 de la constitución política de la república de Chile de 1980.

b.- Corresponderá a los órganos establecidos en la constitución determinar los grados de distribución competencial, pudiendo existir distintos niveles de distribución o asimetrías competenciales entre regiones. En efecto corresponderá al ejecutivo y al congreso la determinar la distribución competencial

b.- El Estado promoverá el fortalecimiento de la descentralización y la regionalización del país, buscando el desarrollo coordinado, armónico, equitativo y solidario entre el gobierno central, las regiones, comunas y otras instancias de administración local, para ello podrá generar instancias y órganos de coordinación nacional y subnacional.

Dicho lo anterior y establecidos los ejes principales de la propuesta de distribución del poder político en el marco de un Estado unitario resta analizar cada una de las dimensiones que se evidencian en el marco de la profundización del proceso de descentralización.

Por último, en relación al estatuto regional, haciendo un paralelo con los estatutos de los territorios especiales incorporados en el artículo 126 bis de la constitución chilena, estos debieran tener rango de ley orgánica. En efecto a este instrumento corresponderá definir el funcionamiento de la Región, la representación, sus órganos centrales y sus relaciones intergubernamentales, ello en conformidad a lo establecido en la constitución del estado. Adicionalmente cada estatuto deberá ser aprobado y reformado por el Consejo Regional para luego ser ratificado por el Senado de la República y tendrá el carácter para todos los efectos de una Ley Orgánica Constitucional.

3.2.1.- Descentralización integral del Estado: descentralización administrativa, política y fiscal.

Al inicio de esta investigación, señalamos que la forma de Estado de Chile, es la de un Estado unitario fuertemente centralizado. Adicionalmente hicimos mención a los procesos de descentralización implementados desde el retorno a la democracia y cómo estas reformas se han basado en una descentralización administrativa y territorial.

Esta propuesta es una invitación a dar un paso más, en el marco del proceso descentralizador. Debe incorporarse también una descentralización política que abarque la transferencia de competencias y atribuciones de gobierno desde el Estado central a las regiones y territorios especiales en que se divide el país. De esta forma, existe descentralización política cuando los gobiernos subnacionales tienen poder para tomar decisiones de gobierno autónomas y vinculantes. Lo que se traspa en un proceso de descentralización política es el poder de gobierno es decir el poder de decidir por cuenta propia en al menos algunas áreas de política. El traspaso de facultades de gobierno del centro a los niveles subnacionales se conoce como autonomía.

El profesor constitucionalista chileno Francisco Zúñiga releva que la descentralización da nacimiento a entes públicos o personas jurídicas de Derecho Público, que gozan de un mínimo de independencia y autodeterminación, por una parte y de legitimación democrática, por otra parte. Esta autodeterminación implica necesariamente un reconocimiento a los órganos en este caso las regiones un haz de "propios poderes" de naturaleza constitucional, cuya fuente directa es la Constitución.⁸⁰² Tal haz de "propios poderes" importan un conjunto de funciones y atribuciones, que entrañan entre otros poderes jurídicos una potestad de auto normación, y el ejercicio de tales "poderes" con independencia en los cuadros orgánicos del Estado.⁸⁰³

De igual modo la profundización descentralizadora implica descentralización económica, es decir la facultad de dictar normas y autorregularse y de recaudar impuestos

⁸⁰² Zúñiga Urbina, F. (2007). Autonomías constitucionales e instituciones contra mayoritarias (a propósito de las aporías de la "democracia constitucional"). *Ius et Praxis*, 13(2), 223-244. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000200010>

⁸⁰³ Ibidem.

propios. Existe descentralización financiera cuando se traspasa a los gobiernos regionales grados de autonomía en el gasto y la capacidad de generar recursos propios por parte de los gobiernos subnacionales, se refiere al poder de decisión de los Gobiernos Subnacionales en cuanto a gastos, ingresos y financiamiento.⁸⁰⁴

Un proceso descentralizador armónico debe estar orientado a dotar de atribuciones y competencias a las regiones y territorios en que se divide el país. Potenciando la autonomía decisional de las regiones con mayores atribuciones que la doten de una serie de competencias. En efecto, esta descentralización se materializa mediante el traspaso de competencias y para su funcionamiento adecuado se debe tener presente los siguientes principios:

- 1.- Reconocimiento de la autonomía regional dentro del Estado.
- 2.- Principio de solidaridad interregional.
- 3.- Principio de la Coordinación entre órganos regionales y Estado central
- 4.- Gradualidad y reconocimiento de las diferencialidades territoriales. v

Hasta ahora la descentralización chilena se ha basado en la transferencia de competencias de carácter territorial y administrativa, la cual necesariamente debe ser complementada con descentralización política y también fiscal para definir el gasto según sus prioridades y necesidades en el marco de un Estado unitario.

En consecuencia, es indispensable avanzar hacia una propuesta donde se definan competencias de los gobiernos regionales, estableciendo por una parte, con rango constitucional, sus competencias esenciales y por otra, las normas básicas para una distribución competencial conforme a los principios constitucionales. El traspaso de competencias es interdependiente con la calidad y ritmo de avance del proceso de descentralización fiscal.

En ese sentido, la Constitución deberá definir los tipos de competencias identificando a quien corresponde o puede corresponderle, determinando aquellas

⁸⁰⁴ Banco Interamericano de Desarrollo. (2019). Informe de Sostenibilidad 2018. <http://dx.doi.org/10.18235/0001639>.

competencias que correspondan exclusivamente al Estado central, aquellas que puedan ser traspasadas a las sub unidades regionales, aquellas que pueden ser compartidas y finalmente aquellas que pueden ser delegadas.⁸⁰⁵

Ello implica también la existencia de un tercero que cuente con la legitimidad suficiente para determinar y dirimir jurisdiccionalmente en caso de duda o superposición de competencias. Este tercero en nuestro sistema debe ser el tribunal constitucional principalmente el Tribunal Constitucional. Junto al Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas – Contraloría- puede actuar como órgano dirimente de las Relaciones Intergubernamentales entre niveles regionales y subregionales, cuando se presenten conflictos de competencias entre los municipios, Áreas Indígenas y gobiernos regionales.

3.2.2.- Asimetría y relaciones intergubernamentales. (RIGs).

Las relaciones intergubernamentales -en adelante RIGs- son esenciales en los procesos de descentralización y tienen por finalidad determinar el funcionamiento concreto de dichas relaciones aplicadas a la solución de problemas específicos entre el gobierno central y las subunidades nacionales. Este fenómeno asigna un importante valor a la relación entre las autonomías subnacionales y el Estado toda vez que ellas siempre se encuentran presentes en los procesos de descentralización. En términos generales, la cuestión central en las RIGs consiste en determinar cómo los procesos de distribución de competencias responden a la necesidad de garantizar la unidad del Estado sin afectar las autonomías y atribuciones de los poderes locales.

La heterogeneidad étnica, territorial y geográfica de Chile puede dar origen a una idea de descentralización asimétrica. Estos hechos diferenciales propios del territorio nacional deben dar origen a una distribución asimétrica de las competencias regionales. Lo relevante es la profundización de un modelo de Estado descentralizado que reconozca un mínimo común – o canasta básica de atribuciones- de competencias a los niveles regionales y territoriales mediante un proceso gradual de definición y distribución competencial. Garantizado el mínimo común de atribuciones una o más regiones podría solicitar el traspaso

⁸⁰⁵ Blanco, R. (2005). Op Cit.

de un mayor nivel competencial mediante la argumentación de sus cualidades diferenciales. En este caso tratándose de regiones con alta población indígena u otras características especiales podrían solicitar mayores atribuciones a fin de implementar planes de desarrollo que involucren a la población indígena. Ello requiere la conformación de equipos y capital humano local que pueda ejercer de un modo profesional las competencias y funciones que el Estado central desarrollaba previo a la transferencia.

Más allá de un mínimo común, ello implica traspasos de competencias igualmente diferenciados de acuerdo a las particularidades y especificidades de cada región. La descentralización asimétrica implica la existencia de dos niveles de distribución de competencias dentro de un mismo Estado. Es decir, el reconocimiento de la asimetría se traduce en que algunas subunidades territoriales gozarán de competencias – al menos temporalmente- que otras no tendrán. La razón de este modelo desigual dice relación con la historia, componente étnico, niveles de tensiones internas, características geográficas, etc. u otra característica que permita hacer la diferencia entre competencias. En efecto, así como las necesidades y capacidades de gestión diferenciadas de los gobiernos regionales para hacerse cargo de las competencias a ser traspasadas.

En regiones como La Araucanía, Los Ríos y Los Lagos – donde se concentra un porcentaje mayoritario de la población mapuche- esto puede traducirse en la implementación de medidas de reconocimiento a derechos políticos específicos, derechos territoriales, derechos lingüísticos, educacionales, salud que en otras subunidades no sean necesarios. En efecto la presencia de población indígena constituye un elemento que otorga una cualidad diferencial. En un sentido similar el territorio espacial de Isla de Pascua y el Archipiélago de Juan Fernández, como asimismo las zonas de la Patagonia Austral y La Antártica chilena que por razones geográficas requieren un tratamiento diferente desde el Estado central.

Para una adecuada estructura de las relaciones intergubernamentales es necesario relevar cuales son los principales nudos estructurales que impiden el pleno desarrollo de los principios de coordinación y cooperación entre el gobierno central y las unidades subnacionales. Este nudo es evidente con ocasión de la distribución competencial, es decir la definición de aquellas atribuciones se radican en las subunidades nacionales.

La descentralización asimétrica implica también la implementación y determinación de mecanismos que sean capaces de resolver y responder frente a las eventuales tensiones propias de una distribución competencial. Estos mecanismos tendrían que gestionar adecuadamente las relaciones en cuatro niveles, municipal, indígena, regional y nacional. Estas atribuciones podrían estar compartidas entre el Tribunal Constitucional y Contraloría General de la República. El primero debería abordar las atribuciones más relevantes según lo establezca la constitución mientras que la contraloría debería intervenir en aquellos casos que digan relación con competencias administrativas de carácter regional y local.⁸⁰⁶

3.3.- Otras medidas. Medidas de coordinación institucional y de políticas públicas indígenas, descentralización y profesionalización del estado.

Por último, el tercer eje de la propuesta dice relación con la implementación de medidas institucionales u orgánicas con la finalidad de hacer más eficiente, profesional y coordinado el actuar estatal en sus niveles centrales y regional. Estas medidas van orientadas a una adecuada implementación y coordinación en la formulación y gestión de políticas indígenas desde el Estado central y los gobiernos regionales. De este modo a través de la coordinación en las políticas indígenas se hace más eficiente el actuar del aparato gubernamental evitando la duplicidad, superposición o contradicción de atribuciones en el diseño, formulación e implementación de políticas públicas como también permite prevenir y administrar los conflictos en las relaciones intergubernamentales.

Para el logro de una adecuada coordinación se requiere un esfuerzo de trabajo conjunto en torno a líneas y planes de gestión comunes. Estas medidas de articulación de órganos públicos implican instancias de coordinación central y regional a fin que estos órganos ejecuten, coordinen, y adopten procedimentalmente las medidas sustantivas de las propuestas. Para ello se requiere la generación de competencias y experticias técnicas que permitan la disminución de las tensiones del proceso de acomodación, tanto en el nivel nacional como regional. Requieren necesariamente de aspectos institucionales y procedimentales como la profundización de procesos de descentralización al interior del

⁸⁰⁶ Ibidem.

Estado. De acuerdo a lo relevado durante este trabajo es posible sostener que un reconocimiento con un modelo de coordinación de políticas debería considerar, al menos, los siguientes ejes centrales:

a.- La Constitución o la ley según sea el caso, establecerá los órganos e instancias que permitan una coordinación armónica en el diseño, ejecución y aplicación de las políticas públicas indígenas, sean estas nacionales o regionales.

b.- El Estado promoverá el fortalecimiento de la descentralización y la regionalización del país, buscando el desarrollo coordinado, armónico, equitativo y solidario entre el gobierno central, las regiones, comunas y otras instancias de administración local, para ello podrá generar instancias y órganos de coordinación nacional y subnacional.

En este sentido la propuesta incorpora órganos coordinadores, órganos de justicia simbólica y órganos de competencias en relaciones intergubernamentales. Las situaciones de exclusión e invisibilización deben dar paso al establecimiento de medidas reparatorias no económicas, pero de alto simbolismo que permitan la valoración de las culturas y aportes indígenas en la construcción de la identidad nacional, para ello se propone -según se tratará más adelante- la creación de una Comisión de Verdad, Memoria y Reconciliación.

3.3.1.- Adecuación normativa, órganos coordinadores de políticas públicas indígenas e instrumentos de gestión.

Su objetivo es articular una mirada común desde el Estado frente a políticas públicas que inciden en pueblos indígenas. Para ello se propone primero una adecuación normativa y la existencia de instancias de coordinación intergubernamental:

a.- Adecuación normativa y políticas indígenas.

Resultará indispensable la adecuación de las normas legales, la dictación y modificación de un abanico de leyes, normas, decretos y reglamentos que permitan el ajuste normativo requerido para la implementación de esta propuesta. Evitando la contradicción entre normas y definiendo una mirada coordinada y coherente entre órganos, instituciones, salvaguardas evitando superposición de atribuciones y competencias de los gobiernos central

y subnacionales. Del mismo modo se requerirá de una adecuación normativa a fin de hacer ejecutables las normas que determinan y regulan el ejercicio de los derechos reconocidos en la normativa constitucional. En esta definición es fundamental la participación de las comunidades mapuche - e indígenas en general- a fin incorporar las aspiraciones y mirada en la definición de las políticas, leyes, órganos y programas que definirán y formularán las políticas indígenas en Chile.

Vale la pena hacer presente que todo proceso de reforma o creación de nuevas relaciones institucionales requiere de adecuación normativa, administrativa y reglamentaria. En el caso de Chile, esto no constituye una excepción. En efecto, en el marco de los procesos de modernización del Estado en las últimas tres décadas se han materializado al menos 3 procesos de profundas reformas institucionales a nivel nacional con las que pueden trazarse paralelos importantes.

El primero de ellos fue la creación de la nueva institucionalidad indígena nacida de la ley 19.253 en 1993. Esta reforma implicó la creación de CONADI y otros organismos coordinadores interministeriales a fin de orientar una política indígena común. Esta reforma trajo aparejada una amplia adecuación normativa y reglamentaria en una extensa gama de materias sectoriales.

Segundo, la reforma al sistema público de salud, que comienza en el año 2003 que buscó potenciar el sistema sanitario nacional mejorando la gestión y la cobertura de patologías de salud garantizadas por el estado, como asimismo un amplio plan de infraestructura de salud y hospitalaria.⁸⁰⁷

Tercero, durante la primera década de este siglo, se inició un profundo proceso de fortalecimiento de la nueva institucionalidad ambiental para Chile.⁸⁰⁸ En dicha oportunidad

⁸⁰⁷ Creación del AUGE y otros. El Plan de Acceso Universal de Garantías Explícitas (o Plan AUGE). Es una reforma al sistema público de salud chileno, creado en virtud de la ley N.º 19.966/2006 que garantiza el acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud. Mediante la incorporación paulatina de patologías y enfermedades frecuentes en la población. El EUGE ha sido progresivamente complementado con sistemas de seguros públicos para enfermedades catastróficas como la Ley GES (o ley de garantías de salud). Garantías Explícitas en Salud (GES). (2022). *Orientación En Salud. Superintendencia de Salud, Gobierno de Chile*. <https://www.supersalud.gob.cl/difusion/665/w3-propertyvalue-1962.html>

⁸⁰⁸ Reforma a la Ley 19.300/1994 o Ley de Bases Generales del Medio Ambiente y que fuera reformada en virtud de la ley 20.417/ 2009. Esta última modifica y fortalece la institucionalidad ambiental chilena.

fue creado el ministerio del medio ambiente, asignando múltiples facultades, junto a una serie de organismos públicos de gestión ambiental y una sólida institucionalidad de fiscalización ambiental⁸⁰⁹. Adicionalmente implicó una revisión de las normas de calidad ambiental y la creación de nuevos instrumentos de gestión ambiental, recientemente se han incorporado normas sobre cambio climático tendientes a fortalecer aún más las facultades de los órganos ambientales.⁸¹⁰ Esta reforma propuesta tiene su origen en el ingreso de Chile a la OCDE y comienza a implementarse en el año 2009 encontrándose aún en implementación.⁸¹¹

Por último junto con la adecuación normativa se requiere la formulación de políticas indígenas a largo plazo ello implica la definición de instrumentos de gestión de políticas públicas que permitan orientar un actuar coherente desde el Estado ellos pueden plasmarse por ejemplo mediante la adopción de instrumentos de gestión definidos desde los organismos del Estado y los pueblos indígenas, en este caso el mapuche, donde se establezcan los ejes, principios y orientaciones o directrices de las políticas públicas en horizontes razonables de tiempo. Ello permitiría otorgar grados de certeza a los involucrados, obturar la formulación de políticas de coyunturas agónicas o de la influencia cotidiana para mantenerla en el plano del diseño institucional.

b.- Comité interministerial de políticas indígenas.

Atendido el carácter transversal de las políticas indígenas es necesaria la creación de un comité de ministros para políticas indígenas. Este tendrá el carácter de órgano

La envergadura de la reforma ambiental implicó la creación de nuevos órganos públicos y normativa de calidad ambiental más exigente a fin de que Chile lograra cumplir con los estándares de la OCDE. Sierra, L. (2008). *Reforma de la institucionalidad ambiental: problemas y oportunidades*. CEP. Documento de Trabajo. N° 373 septiembre de 2008. Pgs 35.

⁸⁰⁹ Fernandez Biterlish, P. (2010). *Manual de Derecho Ambiental*. Ed Jurídica de Chile. 519 p

⁸¹⁰ Congreso Nacional de Chile (2008). [Ley 21.445]. Ley marco de cambio climático. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=269291>

⁸¹¹ La OCDE: Es la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, cuyo objetivo es diseñar mejores políticas públicas para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos de los países que forman parte de ella. Busca promover políticas que favorezcan la prosperidad, la igualdad, las oportunidades y el acceso a los mercados internacionales, fue fundada en 1961 y la conforman 31 países. Chile es miembro de esta organización desde 2010. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2023). Oecd.org. <https://www.oecd.org/about/>

coordinador de políticas públicas indígenas. Encontrándose conformado por carteras sectoriales con competencia en materias indígenas. Entre ellas, bienes nacionales, obras públicas, salud, vivienda, educación, recursos naturales, minería, etc. Al ministro de asuntos indígenas corresponderá la secretaría ejecutiva de este comité. Su principal función será convertirse en una instancia de coordinación del actuar del Estado en materia indígena mediante la elaboración de planes estratégicos en materia indígena.

Es decir, mediante la elaboración de instrumentos de gestión comunes el comité podría diseñar horizontes y objetivos coordinados entre los órganos del Estado estableciendo planes y programas públicos intersectoriales. Se propone este comité como un órgano coordinador al más alto nivel de la estructura de gobierno, lo cual permitiría evitar la duplicidad de políticas, la superposición de planes gubernamentales y aumentar la eficiencia del gasto público y satisfacción coherente de las necesidades de la población indígena.

c.- Creación del ministerio de asuntos indígenas.

El Ministerio de asuntos indígenas es una de las reformas pendientes propuestas por la presidenta Bachelet en el año 2018. Este ministerio tendrá el carácter de órgano colaborador del poder ejecutivo en el diseño de políticas públicas indígenas. Correspondiendo además la coordinación en conjunto con otros ministerios sectoriales de las políticas indígenas del Estado, la propuesta de modificaciones legislativas en materias que tengan relación con pueblos indígenas, la implementación o coordinación de la consulta indígena - según sea de alcance nacional o regional - y la supervigilancia de los órganos de ejecución de políticas que dependan del ministerio. Entre ellos CONADI, el cual deberá transformarse en un órgano ejecutor de políticas públicas, radicando las competencias de formulación, fiscalización y representación en el ministerio y consejo de pueblos.

d.- Consejo de pueblos indígenas (CPI.).

Ya hemos hecho referencia al Consejo de pueblos indígenas en párrafos anteriores. Este órgano funcionará como entidad autónoma con rango legal y tendrá un carácter consultivo y estará a cargo de incidir y formular políticas indígenas además de proponer al

ministerio de asuntos indígenas y otros órganos del Estado reformas legales y administrativas en materias indígenas sea a nivel nacional o regional.

De la misma manera el Consejo deberá actuar como órgano consultivo en la formulación de políticas públicas en materias indígenas, tanto a nivel del gobierno central como de los gobiernos regionales en la implementación de políticas regionales sobre pueblos indígenas. Su propósito será representar los intereses, necesidades y derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos por la ley ante los organismos del Estado y estará conformado por un número de 24 representantes donde cada pueblo indígena se encontrará representado en proporción a la población indígena del país. Debiendo desconcentrarse regionalmente manteniendo presencia en cada una de las regiones del país.

e.- Comisión de verdad, memoria histórica y reconciliación.

Se propone la creación de una comisión asesora de reparación histórica y reconciliación que tendrá un carácter consultivo, cuyo objetivo sea el fortalecimiento de la memoria e historia de los pueblos indígenas y su relación con el Estado nacional. Ella deberá estar conformada por personas indígenas y no indígenas. Ella podrá asesorar al poder ejecutivo y a los gobiernos regionales en la adopción de medidas de justicia simbólica orientadas a dar a conocer, reconocer y proponer medidas de reconciliación entre las sociedades indígenas y la sociedad mayoritaria.

La verdad, valoración, inclusión, paz y reconciliación debe comenzar con el reconocimiento de las historias comunes entre las sociedades indígenas y no indígenas. En el reconocimiento y valoración a la historia de discriminación y dolor que los indígenas cargan en sus culturas, ello con el objetivo de visibilizar esas memorias, dolores y relatos poniéndolos de relieve a la sociedad nacional. La idea de este órgano no es abrir heridas del pasado sino visibilizar historias de dolor, que constituye el primer paso para una reconciliación sincera entre sociedades.

La comisión podrá tener por funciones proponer modificaciones al currículo de enseñanza, asesorar al gobierno nacional y gobiernos regionales y proponer medidas de memoria histórica, verdad y reconciliación. Con este objetivo podrá recolectar, recuperar y administrar documentación histórica que dé cuenta del trato recibido por los indígenas por

parte del Estado. Además, podrá proponer medidas como implementación actos de significación, días festivos, fechas simbólicas, adopción de medidas de protección del patrimonio cultural y sitios de memoria como museos, bibliotecas y monumentos indígenas que releven la historia de cada pueblo, adicionalmente podrá asesorar al ministerio de la cultura en la evaluación de medidas realizadas por el gobierno en relación a la búsqueda de justicia histórica para los indígenas.

3.3.2.- Órganos de coordinación del proceso de descentralización asimétrica.

En relación, con la descentralización y con miras al desarrollo de un proceso armónico y gradual de descentralización. Esta propuesta incluye la conformación de dos órganos coordinadores del proceso de descentralización. La finalidad de estos órganos es disminuir los potenciales inconvenientes en las relaciones intergubernamentales. En primer lugar, el comité interministerial de descentralización y luego el comité nacional de descentralización. Mientras el primero coordinará a los órganos del Estado central, el segundo coordinará las relaciones intergubernamentales entre el Estado central y las subunidades nacionales.

a.- Comité interministerial de descentralización.

El Comité Interministerial de Descentralización es el espacio que reúne a los ministros de Interior y Seguridad Pública, Hacienda, Secretaría General de la Presidencia y ministerios incumbentes, con el propósito de instruir el procedimiento de traspaso de competencias y solicitar la elaboración de informes para su evaluación. Corresponderá al comité interministerial de descentralización asesorar y recomendar al Presidente de la República la transferencia de competencias a los gobiernos regionales, sean estos iniciados de oficio o a solicitud de uno o más gobiernos regionales.

b.- Comité nacional de descentralización.

Estará compuesto por Gobernadores Regionales y Ministros de carteras políticas del gobierno central y tendrá por finalidad coordinar y resolver las disputas en torno a las

atribuciones y la coordinación de las atribuciones regionales y nacionales. Adicionalmente corresponderá la evolución e identificación de dificultades en el proceso de transferencia, así como la evaluación permanente de las brechas y dificultades en la implementación a fin de buscar estrategias coordinadas de respuesta y solución.

3.4.- Las RIGs y el Tribunal Constitucional y conflictos de competencias e interpretación constitucional.

Las eventuales tensiones y conflictos de competencia interinstitucionales que puede generar el modelo de acomodación debe ser resuelto por un órgano dotado de autonomía constitucional. Se propone que este órgano resuelva los conflictos de competencias que se susciten. En efecto en este punto se articula como eje de la propuesta los siguientes aspectos:

a.- Corresponderá el Tribunal Constitucional como intérprete final de la constitución dirimir las contiendas de competencias entre órganos descentralizados como entre estos y el gobierno central.

b.- Sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a la Contraloría General de La República como órgano responsable de velar por la legalidad de los actos de la administración del Estado.

En efecto, esta propuesta considera que dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional se encontrará la de resolver y determinar el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales sobre descentralización, como asimismo las disputas sobre atribuciones los grados y competencias suscitadas entre regiones y gobierno nacional.

Los actos formales de ejercicio de competencias del gobierno nacional y las leyes que afecten otras competencias de gobiernos regionales y las municipalidades, en infracción a los principios constitucionales de coordinación, subsidiariedad territorial, atribución competencial y suficiencia del financiamiento debieran ser conocidos y zanjados mediante la intervención del Tribunal Constitucional.

Por último, la Contraloría General de La República de Chile, como órgano encargado de la legalidad de los actos de la administración, podrá intervenir en aquellos casos que digan relación con competencias de carácter administrativo que se susciten entre los

niveles regional, local e indígena en cuanto a la esfera de sus atribuciones y grados de delegación en estas subunidades.

4.- Conclusiones del capítulo.

A modo de conclusión, en el presente capítulo hemos intentado articular una respuesta institucional a nivel constitucional para la acomodación de la diferencia. Para ello se ha presentado una propuesta multidimensional gradual e integral que busca dar una respuesta a las tensiones étnicas mediante un diseño de mecanismos institucionales basados en el reconocimiento a derechos colectivos, distribución del poder político mediante un proceso de descentralización y reformas institucionales.

Este es el sustrato de la propuesta presentada para la elaboración de una respuesta institucional y democrática que administre las tensiones etnonacionales. Este modelo de acomodación basado en una teoría del reconocimiento anclado en la teoría del multiculturalismo, ciudadanía diferenciada e igualdad como no exclusión, se adecúa a la realidad nacional. Esta propuesta resulta coherente con las materias y contenidos tratados durante el transcurso del presente trabajo, tomando elementos desde los modelos comparados y la evolución del derecho internacional.

Sus contenidos se plantean en dimensiones claramente identificables, plano constitucional, político democrático e institucional. El objetivo central es responder al escenario de conflicto creciente que se caracteriza por un escenario de movilización étnica que tensiona y desborda la institucionalidad nacida desde la transición política. La tensión y movilización ha adquirido niveles de violencia inusitados para nuestro país y se focaliza principalmente en el centro sur del país donde se encuentra concentrado mayoritariamente el pueblo mapuche. Las respuestas institucionales implementadas por el Estado desde el retorno a la democracia no han permitido canalizar las tensiones las que se desbordan progresivamente los canales institucionales con mayor frecuencia y violencia

La canalización de esta movilización etnopolítica constituye uno de los desafíos más relevantes que enfrentan las sociedades modernas y evidentemente también para la democracia chilena junto con ser un imperativo ético con aquellos grupos que el estado chileno ha excluido sistemáticamente de la esfera pública desde su nacimiento. En

consecuencia, la adopción de reformas al marco constitucional e institucional es indispensable considerar como una alternativa de respuesta institucional. Donde la redefinición de las reglas de convivencia democrática constituye entonces una oportunidad de diálogo en igualdad de condiciones, y por qué no, una oportunidad para iniciar el camino a la sanación de dolores que se arrastran por siglos.

CONCLUSIONES.

Este trabajo propone una reflexión sobre las implicaciones constitucionales e institucionales que la diversidad étnica y cultural presenta en las sociedades modernas, específicamente en el contexto de la sociedad chilena y en particular en torno a la relación entre el Estado y el pueblo mapuche; en ella se plantea una propuesta institucional y constitucional estructurada frente a los escenarios potencialmente divisivos que la diversidad y sus tensiones entrañan para la convivencia democrática en Chile. Su formulación busca no solo explorar las causas y las debilidades institucionales del modelo nacional sino también, proponer una articulación desde una perspectiva constitucional, que permita responder democráticamente a estas demandas entendiendo que bajo ellas subyace un imperativo de justicia e inclusión con aquellos grupos históricamente marginados y excluidos de la sociedad nacional.

Esta investigación parte de la constatación de que el modelo de acomodación constitucional de la diversidad etnonacional adoptado por los gobiernos democráticos chilenos desde 1990 ha sido desbordado por la creciente demanda y movilización indígena. El modelo chileno, concebido en los albores de la transición, ha demostrado ser incapaz de canalizar la movilización indígena, lo que obliga a introducir modificaciones sustantivas tanto normativas como institucionales que reconozcan derechos colectivos en función del grupo, así como medidas de redistribución del poder político y coordinación política.

Estas propuestas se basan en la teoría del reconocimiento y encuentran su expresión concreta en la política del multiculturalismo anglosajón. El trabajo se articula en torno a las ideas del multiculturalismo como un enfoque sólido y respetuoso de las libertades democráticas basado en el reconocimiento de la diferencia y la identidad colectiva como valores esenciales. Por lo tanto, los fundamentos de este trabajo son tributarios de las tradiciones liberales nacidas en Canadá en la década de los setenta, prescindiendo de otras construcciones doctrinales más recientes, pero de gran popularidad académica, como la teoría decolonial u otras de inspiración similar.

En resumen, la investigación concluye que el modelo de acomodación constitucional requiere reformas normativas e institucionales que reconozcan los derechos colectivos de los grupos indígenas y promuevan la redistribución del poder político y la coordinación funcional del estado. En efecto para comprender plenamente la fundamentación de este planteamiento y sus medidas centrales resulta indispensable relevar aquellos antecedentes cardinales que proporcionan las claves para su estructuración:

1.- Es necesario reiterar que la diversidad constituye la regla general en los Estados y sociedades modernas. Este fenómeno se origina tanto en los flujos migratorios que presionan las fronteras nacionales de los Estados, como en la preexistencia de grupos diferenciados en el territorio. Estos grupos pueden ser bien grupos étnicos o bien minorías etnonacionales, y aunque ambos comparten elementos comunes, poseen naturaleza y tratamiento jurídico distintos. Mientras los primeros demandan derechos colectivos de corte cultural o de la polietnicidad, los segundos reivindican derechos políticos de mayor densidad, conocidos como derechos de la multinacionalidad. Un ejemplo destacado de grupo etnonacional preexistente son los pueblos o naciones indígenas, es decir grupos que descienden de sociedades precoloniales y que conservan manifestaciones culturales y étnicas propias, poseen una lengua, una religión, una historia común y actualmente se encuentran en posiciones no dominantes en relación a la sociedad mayoritaria. Su presencia entraña tensiones y retos para la sociedad, El estado, la política y la democracia. Ellas van desde repensar el principio de igualdad, la distribución del poder, la individualidad de los derechos, el universalismo, la superación de la discriminación, hasta eventuales temores de secesión estatal. Frente a estos desafíos los estados se relacionan de distintas formas, oscilando entre la negación y la valoración de la misma.

Históricamente se ha observado la coexistencia de políticas orientadas a la asimilación de las diferencias con políticas de reconocimiento y, desde inicio de la década de los noventas, predomina la idea de valoración de la diversidad entendida como un activo para la democracia. Así lo entendieron tempranamente países como Canadá, Nueva Zelanda, España, Reino Unido, Colombia y México entre otros, quienes desde los años setenta han implementado modelos de relación basados en el reconocimiento y derechos colectivos en

función del grupo. Con todo, la adopción de estos modelos no constituye *per se* un antídoto a tensiones derivadas de la diversidad sino que busca establecer mecanismos para administrarlas racionalmente mediante la definición de reglas legitimadas constitutivas de un *modus vivendi*.

1.1.- La diversidad también plantea desafíos para el constitucionalismo moderno y el derecho internacional. En efecto, la presencia de más de un *demos* interpela las nociones y paradigmas del constitucionalismo clásico pues es percibido como un fenómeno potencialmente divisivo para la convivencia democrática pues implica una redistribución del poder político, el establecimiento de derechos diferenciados y derechos colectivos que contraviene la idea de igualdad consagrada en las constituciones liberales clásicas. Sin embargo, el tránsito a un constitucionalismo de la diferencia que refleja la igualdad bajo la idea de no exclusión permite compatibilizar la diversidad con la democracia.

La respuesta constitucional y la consagración de derechos colectivos en función del grupo en la carta fundamental implica, necesariamente, una relectura desde el principio igualitario entendido como isonomía, hacia otro donde la igualdad sea entendida como “no sometimiento” o, en otras palabras, el tránsito hacia un constitucionalismo de la diferencia. Este último implica abrazar la noción de igualdad sustantiva, considerando la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de aquellos grupos históricamente excluidos e invisibilizados.

El reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos indígenas se ha consolidado paulatinamente en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional comparado. El trabajo de los organismos internacionales y la adopción de instrumentos internacionales sobre pueblos indígenas ha irradiado su contenido a las constituciones de otros países del continente americano constituyendo parte del acervo común de las constituciones democráticas modernas. El abordaje de modelos comparados de acomodación, de sus antecedentes, experiencias y relaciones permiten obtener lecciones, identificar nudos, contrastar modelos y evidenciar el abanico de mecanismos de acomodación de la diversidad étnica y etnonacional.

El especial momento que vive Chile en materia de cambio constitucional resulta propicio para su discusión. En efecto las experiencias de Canadá y Colombia analizadas en este trabajo buscan precisamente eso, obtener lecciones y aprendizajes. Huelga hacer presente que, si bien el tratamiento que hemos dado a las experiencias comparadas no responde estrictamente a un análisis dogmático propio del derecho comparado, sino que más bien busca un contraste en base a criterios similares, este ha resultado propicio para la identificación de similitudes y lecciones aplicables a nuestra realidad nacional. Con todo, es necesario hacer presente que no hay modelos óptimos y que el conflicto subyace en todas las sociedades y todas las democracias, siendo el desafío no su eliminación sino la administración de los mismos.

1.2.- Una forma de responder a estas tensiones es la implementación de mecanismos institucionales y constitucionales de "acomodación" de la diferencia. Durante la historia los estados han buscado diferentes mecanismos de relación con las minorías. Algunos, inspirados en el paradigma de la homogeneidad del Estado nación, orientaron sus políticas y esfuerzos a la disolución y asimilación de las identidades subalternas, otros, buscaron su valoración como una cualidad enriquecedora de la democracia. Como se puede colegir, este trabajo se sitúa en la segunda postura, en particular se ancla en la idea de multiculturalismo entendido como una gama de políticas diseñadas desde el estado para promover el reconocimiento, apoyo y protección a los grupos étnicos y minorías etnonacionales. En efecto, las políticas del multiculturalismo exceden el reconocimiento a los derechos civiles y políticos individuales e incorporan el reconocimiento de derechos colectivos en función del grupo y formas de ciudadanía diferenciada como una manera de garantizar la protección y sobrevivencia colectiva. El reconocimiento de las identidades indígenas y la acomodación constitucional de la diversidad -propio del multiculturalismo- resulta esencial para canalizar las tensiones de manera democrática. Este modelo de acomodación basado en el reconocimiento ve en la diferencia la presencia de un "otro", ya no como una amenaza, sino como un "legítimo otro" relevando el valor de la diferencia como un activo de la democracia la que constituye un espacio de diálogo cívico a partir del respeto a los derechos y dignidad del individuo. Según esta mirada la diversidad no representa un peligro para la unidad nacional, al contrario, enriquece a las naciones y a las sociedades.

La teoría del reconocimiento de la cual el multiculturalismo es tributario, construcciones ambas que iluminan este trabajo, se ancla en los presupuestos epistémicos del liberalismo igualitarista de John Rawls cuyos cimientos están asentados en su obra *Teoría de la Justicia* (1971). Esta corriente filosófica fue consolidada más tarde con los aportes de pensadores como Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, Amy Gutman, Tomas Naguel, Tomas Pogge, Marta Nussbaum y Charles Taylor entre otros. En efecto, a partir de las semillas sembradas por Rawls pensadores posteriores como Young, Fraser, Taylor y Will Kymlicka articulan las bases conceptuales de la teoría del reconocimiento y del multiculturalismo. Los presupuestos del reconocimiento reivindican el valor de la identidad y las culturas societales como una manera de garantizar el ejercicio de la libertad individual y colectiva. Para ello “el reconocimiento” es fundamental pues sólo mediante él es posible que el individuo despliegue el pleno de sus opciones de vida, pues nadie toma decisiones fundamentales – u opciones de la vida buena- en un vacío de significados, sino en relación a otros y en un contexto de narrativas compartidas (Macintyre). En consecuencia, la falta de reconocimiento de la identidad y cultura redunda en la imposibilidad del individuo para optar libremente en igualdad de condiciones con aquellos que pertenecen a la cultura mayoritaria. Esta desigualdad va paulatinamente conformando una casta de individuos sistemáticamente excluidos o *underclass* – siguiendo a Owen- a quienes desplaza hacia los márgenes de la sociedad democrática, de ahí la imperiosa necesidad de romper dicha exclusión para incorporarlos en el centro de la toma decisiones democráticas como un imperativo de justicia. Así en palabras de Rawls una sociedad que busque la justicia de sus miembros no puede aceptar una brecha o desigualdad tal que permita la dominación de unos sobre otros perpetuando su sometimiento. En efecto, este es el sustrato y fundamento, teórico, y no otro, de la propuesta que hemos trabajado durante esta investigación.

En definitiva, el rol de una articulación constitucional basada en la teoría del reconocimiento debe establecer mecanismos de protección de estos grupos excluidos mediante el reconocimiento constitucional e institucional de derechos colectivos en función de su pertenencia colectiva y la adopción de procedimientos orientados a la democratización del poder político como claves para estructurar un modelo de acomodación eficaz de la diferencia. Así, la búsqueda de respuestas constitucionales es un paso fundamental en la canalización de la movilización política, siendo un desincentivo a la profundización de los

conflictos, ya que a menores niveles de reconocimiento existe un mayor riesgo de conflictos y desbordes extra democráticos.

2.- El diseño de acomodación chileno nacido del Pacto de Nueva Imperial en 1989 e inspirado en la Constitución de 1980 ha sido caracterizado como un modelo de baja intensidad basado en el reconocimiento atenuado de derechos indígenas, políticas públicas de fomento productivo y medidas de superación de la pobreza. La diversidad etnonacional en Chile constituye un reto complejo que requiere un enfoque integral y una acción decidida por parte del Estado y la sociedad en su conjunto. Sin embargo, este modelo ha resultado insuficiente, contribuyendo al aumento de la movilización étnica y a la profundización de la violencia indígena. Este fenómeno es especialmente evidente en la relación entre el Estado chileno y el pueblo mapuche, grupo indígena que muestra niveles más altos de fortalecimiento identitario, movilización y solidaridad interna en comparación con otros pueblos indígenas a nivel nacional. Lo anterior se refleja en crecientes niveles de movilización y desborde extra democrático. Con todo, se ha constatado que existen grados importantes de consenso entre la clase política chilena sobre la urgencia y necesidad del reconocimiento de los pueblos indígenas en el ámbito constitucional, aunque las reformas constitucionales siguen pendientes.

2.1.- La invisibilización constitucional de los indígenas es una de las tantas razones de la permanente incomodidad e insatisfacción ciudadana con el texto de 1980, sensación que se mantiene hasta nuestros días no obstante las reiteradas y amplias reformas constitucionales implementadas desde los inicios de la transición. La ausencia de reconocimiento constitucional de indígenas y derechos colectivos, sumado al incumplimiento de promesas de reformas políticas han sido factores que han estimulado el escenario de movilización étnica en las últimas décadas. Este escenario tiene su origen en múltiples causas: económicas, políticas e históricas, pero también en la falta de visibilización constitucional. Sin embargo, la fuerza, violencia y solidaridad étnica mapuche ha alcanzado una intensidad inaudita desde finales de los noventa y rápidamente ha escalado a grados de tensión y violencia peligrosa para la convivencia nacional. La tensión se focaliza

principalmente en el centro sur del país donde se encuentra concentrado mayoritariamente el pueblo mapuche. La alegría inicial por el retorno a la democracia se ha transformado en decepción, frustración y luego en movilización política en torno a un clivaje étnico. La sociedad chilena ha experimentado un rápido proceso de cambio económico, cultural y político que se refleja en el mejoramiento de las condiciones económicas e índices de desarrollo humano de la población nacional pero también se evidencia en la revalorización de las identidades indígenas y su aporte a la riqueza del país. Sin embargo, esta revalorización de la identidad no ha venido acompañado de cambios institucionales, como tampoco en el fortalecimiento de la capacidad de los indígenas y sus organizaciones para construir alianzas sólidas y duraderas con otros sectores de la sociedad chilena y agendas a largo plazo que permitan presionar democráticamente al sistema político para la obtención de reformas de mayor densidad política. Por el contrario, los mapuches y sus organizaciones se han mantenido en los márgenes de la esfera pública, a veces refugiándose en un discurso peligrosamente esencialista y excluyente permitiendo la aparición, cada vez más creciente, de discursos nacionalistas antiliberales y no dialogantes.

2.2.- En este marco, la búsqueda del diálogo y debate democrático son fundamentales para la administración de las tensiones, es precisamente en la democracia donde el disenso debe ser canalizado. Es función de la democracia desincentivar las expresiones extra democráticas, excluyendo de plano el uso o justificación de la violencia como expresión. En democracia la violencia se encuentra excluida, el origen étnico, religioso, las situaciones de opresión histórica, no justifican su uso. El victimismo histórico no otorga derechos ni justifica el ejercicio de la violencia. En momentos de fragilidad institucional y desconfianza a la democracia, como el que vive la sociedad chilena, las tentaciones autoritarias y la proliferación de discursos excluyentes se encuentran presentes, también incentivadas por una creciente deslegitimación de las instituciones democráticas. Resulta entonces indispensable abrir caminos de diálogo interétnico, así el proceso constituyente chileno parece ser una oportunidad para ello. El momento constitucional, surgido de la crisis política de octubre de 2019, ha dado lugar al proceso de cambio de las reglas fundamentales abriendo un espacio para la redefinición de un pacto social. Luego de una larga serie de intentos fracasados la incomodidad constitucional chilena con la constitución de 1980 parece

estar llegando a su fin. Es en estos momentos “constituyentes” la agencia del pueblo se cristaliza en una nueva carta fundamental. Sin embargo, es importante tener en cuenta que las normas constitucionales por sí solas no cambian las sociedades. A pesar de la creencia sostenida desde el *"fetichismo constitucional"*, que otorga a la carta fundamental cualidades de cambio por el solo hecho de su consagración normativa, es necesario implementar mecanismos y reformas graduales y profundas que reestructuren y den forma al poder político, mediante la redefinición de las reglas de convivencia democrática y mejoren la eficiencia del Estado en la búsqueda de soluciones, pertinencia y coordinación de las políticas indígenas.

3.- Como se ha argumentado, la acomodación constitucional e institucional de la diversidad constituye un imperativo ético al valorar e incorporar la identidad grupal, la historia, memoria y cultura de los pueblos indígenas en la esfera pública nacional. Solo con los cimientos sólidos es posible construir un futuro común basado en el reconocimiento y la reconciliación entre sociedades y naciones. El procesamiento democrático de este conflicto requiere su encauzamiento mediante reglas y mecanismos políticamente legitimados y que permitan administrar de manera democrática las tensiones entre el estado y los pueblos indígenas.

3.1.- La propuesta trabajada se articula en torno a un modelo de acomodación que aborda de un modo sólido el reclamo de justicia que subyace en parte a la movilización indígena. En efecto, estos planteamientos comprenden medidas en tres niveles: normativo constitucionales, institucionales y democráticos y de coordinación estructural, se intenta así dar una respuesta integral a las demandas de los indígenas y del pueblo mapuche. Estos niveles se expresan de la siguiente manera :

Uno, reconocimiento constitucional de derechos colectivos a los pueblos indígenas. Comprendiendo derechos políticos, entre los que se encuentran el reconocimiento a la preexistencia frente al estado, el derecho a la autodeterminación en su versión autogobierno dentro del estado chileno, derechos de participación democrática, que incluye escaños reservados a nivel local, la constitucionalización del derecho de consulta y el derecho al

desarrollo indígena. Además, incorpora el reconocimiento colectivo a las tierras indígenas, territorio y recursos naturales, haciendo especial mención a la protección del acceso a los recursos naturales en los territorios indígenas y la participación equitativa de los beneficios provenientes de la explotación de los recursos en ellos existentes. Finalmente propone el reconocimiento de derechos colectivos de carácter cultural y simbólico, como el reconocimiento de la lengua, cosmovisión y saberes ancestrales, patrimonio inmaterial y derecho a la memoria, entre otros señalados en el capítulo anterior.

Dos, se propone un fortalecimiento a la democracia, mediante la redistribución del poder político a través de una descentralización asimétrica. Ello permite incorporar la participación indígena - y también no indígena- en las decisiones locales y regionales dotando de atribuciones política, administrativa y económica hacia las unidades subnacionales o regiones desde el Estado central. Se plantea que este proceso de descentralización considere las diferencias específicas de cada una de las subunidades que conforman el país reconociendo la asimetría en la transferencia competencial entre las regiones, entre ellas la consideración a la concentración de la población perteneciente a pueblos indígenas como hechos diferenciales que lo conforman. En este sentido se propone un mecanismo de coordinación de relaciones intergubernamentales -RIGs.- frente a eventuales tensiones o conflictos competenciales inter órganos.

Tres, se incluyen medidas que buscan aumentar los grados de coordinación y eficiencia en el actuar del estado mediante la creación de instancias de coordinación política e institucional. En efecto, estas medidas están orientadas a hacer más eficiente el actuar del estado, mediante el rediseño y creación de instancias nacionales y regionales de coordinación de políticas indígenas en su formulación e implementación. En efecto, se propone la creación de instancias como el ministerio de asuntos indígenas, el consejo de pueblos, el comité nacional de descentralización, etcétera. Con ellas se busca un funcionamiento armónico del estado comprensivo tanto en materia indígena como en la relación entre el gobierno central y las 15 regiones que conforman el país.

3.2- La densidad de una propuesta constitucional e institucional requiere una implementación gradual, a través de una política de Estado a mediano y largo plazo. Esto

implica reformas profundas al Estado siendo necesario aquilatar su complejidad. En efecto el reconocimiento y reformas de distribución de poder político necesariamente deben ir aparejadas al restablecimiento de confianzas entre el mundo indígena y el Estado y sociedad chilena, se trata de un proceso lento donde cada paso constituye un avance. Para lograr esto, es indispensable la participación de los indígenas en la definición de las decisiones centrales, teniendo presente que la reconciliación y sanación de dolores históricos no se resuelven por normas o decretos. El momento constitucional chileno actual representa una oportunidad para abordar las demandas y tensiones históricas en relación con los pueblos indígenas y en específico con el pueblo mapuche. La reforma constitucional e institucional se presenta como una respuesta necesaria para enfrentar el conflicto creciente y promover la paz, inclusión, justicia y equidad en el país.

En conclusión, a pesar de los avances evidenciados en las últimas décadas en relación a los derechos de los pueblos indígenas, aún persisten brechas, desigualdades y desafíos peligrosamente divisivos para la democracia chilena. Desde el inicio de este trabajo se ha mencionado que las demandas indígenas son fundamentalmente una búsqueda de justicia. Por lo tanto, las respuestas a estas demandas van más allá de lo meramente normativo, abarcando dimensiones profundas de simbolismo y de justicia correctiva. Para abordar todas estas dimensiones se requiere que el diseño de acomodación de la diversidad etnonacional comprenda junto a la dimensión normativa e institucional, la valoración la riqueza del mundo indígena para de este modo responder adecuadamente a los anhelos de justicia más profundos de las sociedades indígenas entendiendo y comprendiendo sus dolores y cicatrices.

La participación de los indígenas en la esfera pública mediante la redefinición de las reglas de convivencia se convierte en una oportunidad para el diálogo en condiciones de igualdad y, posiblemente, para iniciar el camino hacia la sanación de los dolores y de prosperidad conjunto otorgando la legitimidad indispensable para su funcionamiento. Las generaciones futuras nos exigen realizar esfuerzos sinceros para construir una sociedad justa en la que el acceso a los bienes derivados del esfuerzo colectivo no dependa del “*sorteo de la naturaleza*”, es decir de situaciones provenientes del azar donde las oportunidades y

caminos que todo hombre y mujer eligen en su búsqueda de la virtud, no esté determinados por circunstancias moralmente arbitrarias como el color de piel, origen, sexo, apellido, condición, estrato social o pertenencia étnica. El primer paso hacia un horizonte de justicia radica en la definición de nuestros acuerdos esenciales mediante mecanismos democráticos, participativos e inclusivos que doten de legitimidad a las reglas esenciales de la vida política de manera que todos y todas nos veamos en su reflejo. El reconocimiento de las identidades indígenas contribuye a administrar las tensiones mientras que su negación o desconocimiento distorsiona la imagen tanto de quienes la padecen como de quienes lo hacen, generando una devaluación de las culturas minoritarias y socavando la confianza y autoestima de quienes las comparten. En contraste, el reconocimiento revaloriza al otro y le otorga dignidad, humanidad y simetría.

En consecuencia, la adopción de reformas profundas debe considerarse como una alternativa de respuesta institucional que reconoce derechos, formas de ciudadanía diferenciada y redistribuye el poder político, incorporando en la esfera pública nacional aquellos grupos que el estado ha mantenido en las sombras desde su conformación. La sociedad chilena arrastra pecados vergonzosos de su pasado reciente, y aunque no es posible retrasar el reloj de la historia sí está en nuestras manos pensar en un futuro basado en nuestros anhelos comunes sin olvidar los dolores del pasado, pues como lo dijera el poeta Machado hace un siglo: “... *Ni el pasado ha muerto, ni está el mañana en el ayer escrito.*”⁸¹²

Finalmente, en tiempos caracterizados por la volatilidad y la polarización, el llamado a construir horizontes comunes puede parecer ilusorio. Sin embargo, la historia de Chile, esta larga y angosta franja de tierra, nos muestra, que el futuro demanda de todos nuestros mayores y mejores esfuerzos para avanzar hacia una sociedad más justa donde nadie, ninguno de los hijos de Chile quede atrás... o como lo expresó el ex presidente don Patricio Aylwin aquel 11 de marzo de 1990 cuando la nueva democracia recién despuntaba:

*“Es hermosa y múltiple la tarea que tenemos por delante construir entre todos la patria que queremos, una patria libre justa y buena para todos sus hijos”*⁸¹³.

⁸¹² Machado, A. (1912). El Dios Ibero.

⁸¹³ Gobierno de Chile. (2016). El discurso con que Patricio Aylwin inauguró la democracia. Gobierno de Chile. <https://www.gob.cl/noticias/el-discurso-con-que-patricio-aylwin-reinauguro-la-democracia-1/>

ANEXO: MAPAS Y FOTOGRAFÍAS.

IMÁGEN 1: Representación de la Batalla del Maule. Felipe Huamán Poma de Ayala.



Descripción: Batalla entre Incas y Mapuches en la Batalla del Maule. Guamán Poma de Ayala, F. (1980). *Nueva Crónica y Buen Gobierno*, tomo I. Caracas, Biblioteca Ayacucho.

IMÁGEN 2: Territorio Ancestral del Pueblo Mapuche.



Descripción: Mapa del territorio mapuche a ambos lados de los Andes. Redacción Latinoamérica. (2022). Wallmapu: La “Nación mapuche” que quieren crear sacándole tierra tanto a Argentina como a Chile. *La Derecha Diario - Últimas Noticias, Opinión E Investigaciones Exclusivas*.
https://derechadiario.com.ar/latinoamerica/latinoamerica_chile/wallmapu-la-nacion-mapuche-que-quieren-crear-sacandole-tierra-tanto-a-argentina-como-a-chile

IMÁGEN 3: El Pacto de Nueva Imperial y La Ley Indígena de 1993.



Descripción: Presidente Patricio Aylwin Azocar, firmando proyecto de ley sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas y la creación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI. Memoria Chilena (2023). Ceremonia firma del proyecto de ley sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas y la creación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI. <http://www.archivopatricioaylwin.cl/xmlui/handle/123456789/10759>

IMÁGEN 4: El Estallido Social y el Nacimiento de un Momento Constituyente.



Descripción: Estallido social Chile octubre de 2019. Pairican, F. (2019). *La bandera Mapuche y la batalla por los símbolos - CIPER Chile*. CIPER Chile. En: <https://www.ciperchile.cl/2019/11/04/la-bandera-mapuche-y-la-batalla-por-los-simbolos>.

BIBLIOGRAFÍA.

A. Varas & P. Díaz-Romero (Eds.), *Acción afirmativa: Política para una democracia efectiva* (pp. 85-125). RIL Editores.

Ackerman, B. (1993). *We the People*, Volume 1: Foundations. Belknap Press.

Ackerman, B. (2009). *Política del Diálogo Liberal*. Editorial Gedisa.

Acuerdo por Chile: Órganos del Proceso Constitucional, Plebiscito Ratificatorio e Itinerario Constitucional. (2022). Bcn.cl.

https://www.bcn.cl/procesoconstitucional/detalle_cronograma.html?id=f_acuerdo-por-chile

Aja, E. (2014). *Estado Autonómico y Reforma Federal*. Alianza Editorial.

Akunkawa mapu. (2014). Organizaciones y comunidades indígenas de Aconcagua no participan de la denominada consulta en rechazo a los decretos 66 y 40. Mapuexpress. <https://www.mapuexpress.org/2014/09/10/organizaciones-y-comunidades-indigenas-de-aconcagua-no-participan-de-denominada-consulta-en-rechazo-a-decretos-66-y-40/>

Álvarez, R. (2017). Bachelet pide perdón al pueblo mapuche y presenta medidas para La Araucanía. *La Tercera*. <https://www.latercera.com/noticia/bachelet-pide-perdon-al-pueblo-mapuche-presenta-medidas-la-araucania/>

Álvarez, R. (2022). Ferepa Biobío reacciona ante resolución que acogió a trámite solicitud ECMPO en Coronel. Mundoacuicola. <https://www.mundoacuicola.cl/new/ferepa-biobio-reacciona-ante-resolucion-que-acogio-a-tramite-solicitud-ecmpo-en-coronel/>

Álvarez, R. (2022). Pescadores Artesanales de Coronel manifiestan su preocupación por resolución sobre solicitud de comunidades indígenas. *Mundoacuicola*. <https://www.mundoacuicola.cl/new/pescadores-artesanales-de-coronel-manifiestan-su-preocupacion-por-resolucion-de-sernapesca-sobre-solicitud-de-comunidades-lafkenche/>

Álvez, A. (2020). “La nueva constitución y los Pueblos Originarios: un proceso que logre inclusión, pluralismo e igualdad”. Apuntes de trabajo constituyente. CEP. <https://www.plataformaconstitucionalcep.cl/monitor/la-nueva-constitucion-y-los-pueblos-originarios-un-proceso-que-logre-inclusion-pluralismo-e-igualdad/>

Anales de la República. (2019). Donoso, S. (s/f). Enrique Ortúzar Escobar – Anales de la República. Anales.cl. <http://anales.cl/ortuzar-enrique/>

Anaya, J. (2004) *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford Univ. Press. 2d. ed.

Anaya, J. (2005). *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*. Madrid: trota, segunda edición, 2005.

Anderson, B. (2021). *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Arango, R. (1995). “Pueblos Indígenas de Colombia en la Constitución de 1991”. Ediciones Universidad de La Frontera. Revista Pentukun. 3.

Arlettaz, F. (2014). Dos modelos frente a la diversidad cultural: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. 221.

Arriagada, M. (2022). El nuevo flanco que enfrentan las concesiones mineras en la Convención. Ex-Ante. <https://www.ex-ante.cl/el-nuevo-flanco-que-enfrentan-las-concesiones-mineras-en-la-convencion/>

Arsenault, V. (2015). “The Canadian Government and Aboriginal Peoples.” Resistance to the Canadian Truth and Reconciliation Commission. Swisspeace. <http://www.jstor.org/stable/resrep11074.7>.

Artal, R. (2021). El “atado y bien atado” era esto. *Eldiario.es*. https://www.eldiario.es/opinion/zona-critica/atado-atado_129_7829278.html

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1976). Pacto Internacional Derechos Económicos Sociales y Culturales. Artículo 1. Disponibles en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-listings>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1999). *Declaración y Programa de Acción sobre una cultura de paz*. Resolución N° 53/243. <https://educra.cl/wp-content/uploads/2019/10/DOC2-educar.pdf>

Asamblea General Organización de Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la

Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI).
<https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html>.

Atlas. (2015). Open Federalism. *Atlas of Public Management*.
<http://www.atlas101.ca/pm/concepts/open-federalism/>

Atria, F. (2013). *La constitución tramposa*. LOM ed.

Ayala, F. (1980). Nueva Crónica y Buen Gobierno, tomo I. Caracas, Biblioteca Ayacucho.

Aylwin, J. (2013). Mercados y derechos globales: implicaciones para los pueblos indígenas de América Latina y Canadá. *Revista de Derecho Valdivia*. 67 – 91.
<http://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sciabstract&pid=S0718-09502013000200003&lng=es&nrm=i>

Balaguer, F. (2019). Manual de derecho constitucional volumen I. Editorial Tecnos Madrid España. Pgs. 627 (122).

Banco Interamericano de Desarrollo. (2019). Informe de Sostenibilidad 2018.
<http://dx.doi.org/10.18235/0001639>.

Barros Arana, D. (2001). *Historia general de Chile*. Tomo XVI. Santiago: Universitaria, pp. 78. ISBN 978-9-56111-586-6.

Barros, M. (2019). *La participación en los beneficios para los pueblos indígenas, recursos naturales y consentimiento previo, libre e informado*. Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. 17. (1). 151-188 ISSN 07180195

Beatty, D. (1995). *Constitutional Law in Theory and Practice*. University of Toronto Press. <http://www.jstor.org/stable/10.3138/j.ctt1287rcs>.

Becerra Valdivia, K. (2022). Los derechos colectivos indígenas: propuesta de una clasificación en perspectiva comparada latinoamericana. *Ius et Praxis*, 28(2), 99-123.

Bellolio, C. (2021). *Una cartografía del Liberalismo*. Taurus.

Bengoa, J. (2000). *Historia del Pueblo Mapuche*. LOM Ed.

Bengoa, J. (2002). *Historia de un conflicto. El Estado y los mapuches en el siglo XX*. Santiago: Planeta.

Bengoa, J. (2014). *Mapuche, colonos y el Estado Nacional*. Catalonia.

Berry, D. (2020). *Canadian Multiculturalism Act*. The Canadian encyclopedia.
<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/canadian-multiculturalism-act>

Biblioteca Congreso Nacional. (2022). Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Proyecto de Reforma Constitucional. Boletín N° 513-07. 9.-Mensaje-de-PAA-en-que-inicia-proyecto-de-reforma-constitucional.pdf (fundacionaylwin.cl)

Bidart Campos, G. (2015). *Teoría general de los derechos humanos*, de vol. 1. Editorial Astrea.

Blanco, R. (2005). *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*. Alianza editorial.

Bonfil, G. (1982). *El etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización*. En Rojas, F. (1982). *América Latina: Etnodesarrollo y etnocidio*. FLACSO.

Bonfil, G. (1986). “*Pueblos Indios: Sus Culturas y Políticas Culturales*”. Anuario Indigenista de 1986.

Borrows, J. (2017). *Indigenous Constitutionalism: Pre-existing Legal Genealogies in Canada*. Oxford University Press. 13-44.
<https://doi.org/10.1093/law/9780190664817.003.0002>

Brant, M. Archibald, L. DeGagné. M. (2008). *From truth to reconciliation: transforming the legacy of residential schools*. Ottawa: Aboriginal Healing Foundation.

Breton, R. J. (1983). *Las etnias*. Ed Oikos-Tau. Madrid.

Bridger, B. (2018). What it Means to be Called a Tree Hugger. New América.
<https://www.newamerica.org/millennials/dm/what-it-means-be-called-tree-hugger/>

Britannica. (2023). *In Encyclopædia Britannica*.

Buchanan, A. (2000). Rawls 's Law of Peoples: Rules for a Vanished Westphalian World. *Ethics*. 110. (4). 697- 721. <https://www.jstor.org/stable/10.1086/233370>
<https://doi.org/10.1086/233370>

Buchanan, A. E. (2007). *Justice, legitimacy, and self-determination: Moral foundations for international law*. Oxford University Press on Demand.

Bush, T. (2012). *El concepto de constitución y la incomodidad constitucional en Chile*. Global Jurist. 12(2) ,5. <https://doi.org/10.1515/1934-2640.1410>

Can LII. (1980). *Northwest Falling Contractors Ltd. v The Queen* 2 SCR 292. <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1980/1980canlii210/1980canlii210.html>

Can LII. (1998). *Reference re Secession of Quebec*, 1998 CanLII 793 (SCC). Canlii.org; CanLII.
<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1998/1998canlii793/1998canlii793.html>

Canto, M. (2010). *Participación ciudadana en las políticas públicas*. Siglo XXI. ISBN: 9786070302527.

Carvajal, J. (2022). *Los últimos 30 años de iniciativas y diálogo sin éxito en la Araucanía*. La tercera. <https://www.latercera.com/earlyaccess/noticia/los-ultimos-30-anos-de-iniciativas-y-dialogo-sin-exito-en-la-araucania/JEAEAMRDXVEV3D7YWGZSRR37N4/>

Castillo, L; Morales, S; Jaccard. D. (2021). *La consulta como mecanismo de accountability social*. Veredas do Direito.v.18.

Catena, P. (2019). *Gobierno suspende consulta indígena y evalúa cancelarla definitivamente*. La Tercera. <https://www.latercera.com/politica/noticia/gobierno-suspende-consulta-indigena-evalua-cancelarla-definitivamente/754847/>

Cavallo, A. (2020). *La Historia Oculta del Régimen Militar. Memoria de una Época 1973-1990*. Ed Salesiana.

Cavallo, A.(1994). *Historia Oculta del Régimen Militar*. Ed El Mercurio.

Cayuqueo, P. (2010). *La bandera mapuche contada por Jorge Weke*. Azkintuwe.

Cea, J. (2015). *Manual de Derecho Constitucional*. Ediciones UC.

Censo. (2017). Entrega final Censo 2017. <http://www.censo2017.cl/>

CEPAL, (2014). *Los Pueblos Indígenas en América Latina*.

Cervera, C. (2018). El guerrero indio que reemplazó sus brazos mutilados por cuchillas para luchar contra los españoles. ABC.es. https://www.abc.es/historia/abci-guerrero-indio-reemplazo-brazos-mutilados-cuchillas-para-luchar-contra-espanoles-201806080155_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.cl%2F

Chain, F. Elizalde, A. Muñoz, H. Ramos, L. Pérez, C. Van Rysselbergue, J. Desbordes, M. Larraín, H. Toro, J. Maldonado, C. Boric, C. (2019). *Acuerdo por la paz social y la nueva constitución*. https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/detalle_cronograma?id=f_cronograma-1

Ciper.cl: medio de comunicación chileno caracterizado por su énfasis en la investigación periodística. <https://www.ciperchile.cl/nosotros/>

Clavero, B. (2012). Pasado y presente del Constitucionalismo indígena por América y más acá. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*. 10. 543-559.

Coates, K. (2015). *Sharing The Wealth. How resource revenue agreements can honour treaties, improve communities, and facilitate Canadian development*. University of Regina.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*. IWGIA.

Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. (2008). Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/268>

Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador. (2023). Conaie.org. <https://conaie.org/>

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. [Convenio 169 de 1989]. <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

Congreso Nacional (2020). Historia Política. Elecciones presidenciales de 1970. https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle_eleccion?handle=10221.1/63763&periodo=1925-1973

Congreso Nacional de Chile (1993). [Ley 19.253]. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7053/>

Congreso Nacional de Chile (2008). [Ley 20.249]. Que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=269291>

Congreso Nacional de Chile (2008). [Ley 21.445]. Ley marco de cambio climático. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=269291>

Congreso Nacional de Chile (2022). *Historia de la Ley 19253/1993. Protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas.* <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7053/>

Congreso Nacional. (1989). Promulga el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la asamblea general de la organización de las naciones unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969. [Decreto 326]. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=12382>

Congreso Nacional. (2018). Boletín N° 11.617-07 Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26082/1/FINAL__BCN2018__Proyectos_de_reforma_constitucional_y_consulta_previa_indigena.pdf

Constitución Política de la República de Chile. (2005). [Const]. 1980. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

Constitución Política de la República de Colombia. [Const]. Julio de 1991. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Constitución Política del Estado de Bolivia. [Const]. (2009). https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf

ConstitutionNet. (2016). Constitutional history of Canada. *ConstitutionNet*.
<https://constitutionnet.org/country/canada-latin-america>

Convención constitucional. (2022). Propuesta Constitución política de la República de Chile. [Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf \(chileconvencion.cl\)](#)

Córdoba, M. (2023). *Fetichismo y reformitis constitucional*. Paréntesis Legal.
<https://parentesislegal.com/fetichismo-y-reformitis-constitucional/>

Correa, E. (2022). Ley lafkenche: El cambio al infierno está lleno de buenas intenciones. *El dinamo*. <https://www.eldinamo.cl/opinion/2022/07/28/ley-lafkenche-el-camino-al-infierno-esta-lleno-de-buenas-intenciones/>

Correa, M. y Mella, E. (2010). *Las razones del illkun/enojo. Memoria, despojo y criminalización en el territorio mapuche de Malleco*, Santiago: LOM Ediciones / Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Correa, M., Molina, R. y Yáñez, N. (2005). *La reforma agraria y las tierras mapuches*. Chile 1962-1975. Santiago: LOM Ediciones.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia número T-349/96.
<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/indigenous/t349-96.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana sentencia de 29 de mayo de 2014. Caso Norín, Catrimán y otros contra Estado de Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_279_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2023). Sentencias.
https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm

Corte Internacional de Justicia (2010). Opinión consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. CIJ.
<https://www.dipublico.org/cij/doc/180.pdf>

Criado de Diego, M. (2011). La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia. *Revista Derecho del Estado*. (26), 7-49.

Cuenca, A. (2013). “Canadá y la cuestión de quebec (II): La Separación-Integración de Quebec En La Federación Canadiense: Evolución y Situación Actual.” Cuadernos de Pensamiento Político, no. 40 75–98. <http://www.jstor.org/stable/23511962>.

Daes, E. (1994). Minorías en Europa: *derechos políticos, económicos, sociales, culturales, humanitarios, religiosos y lingüísticos*. Palais des Nations <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/713.pdf>

Daes, E. (2001). “Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra”. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/>

De Blas Guerrero, A. (1994). A vueltas con el principio de las nacionalidades y el derecho de autodeterminación. UNED Madrid.

De Cea, M. Fuentes, C. (2016). *La consulta indígena Colombia, Perú, Chile*. Ril Editores.

DFL 2. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley nº18.700, orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios. 06 de abril de 2017. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1108229>

Diario U. Chile (2021). Isabel Godoy: “No sé por qué le tienen tanto miedo al pueblo”. Diario U Chile. <https://radio.uchile.cl/2021/10/06/isabel-godoy-no-se-por-que-le-tienen-tanto-miedo-al-pueblo/>

Díaz Polanco, H. (200). “Los Desafíos de la Autonomía en Nicaragua”. Entrevista con Myrna Cunningham. Curso post congreso: *Identidad, Autonomía y Derecho Indígena: Desafíos del tercer milenio*. p 37-54.

Díaz-Polanco, H. (1998), “Derechos indígenas en la actualidad”. *Revista Política y Cultura*, (117). 91-99.

Díaz-Polanco, H. (2000). “Los Adversarios de la Diversidad”. *Actas del XII congreso internacional sobre pluralismo legal y derecho consuetudinario*. Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico. Milka Castro (Ed.). p.1009-1020.

Díez, S. (2009). Entes Locales, Constitución y Federalismo Canadiense. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 86, pp. 217-251
<https://www.jstor.org/stable/24885985>

Dirección de presupuestos (2004). Síntesis ejecutiva programa orígenes. Ministerio de hacienda. https://www.dipres.gob.cl/597/articles-139541_r_ejecutivo_institucional.pdf

Distribution of Legislative Powers of the Parliament Legislative Authority of Parliament of Canada N° 91. Constitution Acts 1867 to 1982: Table of Contents. (2023). Archive.org.

<https://web.archive.org/web/20060427011140/http://laws.justice.gc.ca/en/const/index.html>

Dworkin, R. (1978). *Liberalism. Public and Private Morality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

Dworkin, R. (1985). *A matter of Principles*. Harvard University Press.

Dworkin, R. (1989). *Los Derechos En Serio*. Editorial Ariel. Barcelona.

Egaña. J. L. C. (2022). *Derecho constitucional chileno tomo I*. Cuarta edición actualizada. Ediciones UC.

Ellsworth, B. (2021). El primer ministro de Canadá pide perdón por los restos de niños indígenas descubiertos en cientos de tumbas. *Anadolu Agency*.

<https://www.aa.com.tr/es/mundo/el-primer-ministro-de-canad%C3%A1-pide-perd%C3%B3n-por-los-restos-de-ni%C3%B1os-ind%C3%ADgenas-descubiertos-en-cientos-de-tumbas/2285840>

Ercilla y Zúñiga, A. (2003). *La Araucana*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

Estudio nacional de opinión pública. (2022). Encuesta CEP 88. Estudio nacional de opinión pública.

https://www.cepchile.cl/wpcontent/uploads/2023/01/CEP88_PPT_ANEXOS_CRUCES-1.pdf

Evans, M. (2001). *The Edinburgh Companion to Contemporary Liberalism*. Edinburgh University Press. <http://www.jstor.org/stable/10.3366/j.ctvxcrqv5>

Fajardo, L. (2017). El Constitucionalismo Andino y su desarrollo en las Constituciones de Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela. *Revista Diálogos de Saberes*, (47)55-75. Universidad Libre (Bogotá). <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.47.2017.1696>

Fajardo, L. A. (2017). El Constitucionalismo Andino y su desarrollo en las Constituciones de Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela. *Revista Diálogos de Saberes*, (47)55-75. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1696>

Fernández Biterlish, P. (2010). *Manual de Derecho Ambiental*. Ed Jurídica de Chile. 519 p

Fernández, P. (2014), Allende y el socialismo “con sabor a empanada y vino tinto”. *Revista Anfibia*. <https://www.revistaanfibia.com/allende-socialismo-empanada-vino-tinto/>

First Peoples Group. (2023). Fred Kelly. <https://firstpeoplesgroup.com/team-member/fred-kelly/>

Fiss, O. M. (1976). *Groups and the equal protection clause*. *Philosophy and Public Affairs* 5 (2):107-177.

Flores, P. (2022). *Problemas jurídicos y prácticos provocados por la presentación de una solicitud ECMPO*. Aqua. <https://www.aqua.cl/columnas/problemas-juridicos-y-practicos-provocados-por-la-presentacion-de-una-solicitud-ecmpo/#>

Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. (2014). *La buena gobernanza y los pueblos indígenas*. 13° periodo de sesiones del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2014/press/es-gg.pdf>

Franco, C. (2020). ¿Han modificado 257 veces la Constitución?. *FactCkecking* <https://observatoriodedatos.com/2020/09/12/la-constitucion-ha-sido-modificada-257-veces/#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20ha%20sido%20modificada%20en%2051%20oportunidades%20>

Fuentes, C. (2013). *El Fraude: crónica sobre el plebiscito de la Constitución de 1980*. Editorial Hueders.

Fundación Jaime Guzmán. (2020). Reformas a la constitución. 30 años de acuerdos. *Mirada Política*. https://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2020/03/MP_2009_constitucion.pdf

Fundación Patricio Aylwin. (2023). El acuerdo de Nueva Imperial. <http://fundacionaylwin.cl/elacuerdo-de-nueva-imperial/>

Gaete, L. (2012). “El convenio N.º 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa”. *Revista Ius et Praxis*.

Ganora, E. (2022). Rosa Catrileo, convencional mapuche: “No veo que el gobierno de Boric vaya a hacer un cambio tan profundo en la política indígena”. The Clinic. <https://www.theclinic.cl/2022/01/15/rosa-catrileo-no-veo-que-el-gobierno-de-boric-vaya-a-hacer-un-cambio-profundo-en-politica-indigena/>

Garantías Explícitas en Salud (GES). (2022). *Orientación En Salud*. Superintendencia de Salud, Gobierno de Chile. <https://www.supersalud.gob.cl/difusion/665/w3-propertyvalue-1962.html>

Gellner, E. (1983). *Nations and Nationalism*. Oxford: Basil Blackwell.

Giral, F. (1986). *El encuentro de dos mundos*. El País.

Gobierno de Chile. (2008). *Re-Conocer. Pacto social por la multiculturalidad*. Intendencia de la Araucanía. <http://www.intendencialaaraucania.gov.cl/filesapp/Pacto%20social.pdf>

Gobierno de Chile. (2016). El discurso con que Patricio Aylwin inauguró la democracia. Gobierno de Chile. <https://www.gob.cl/noticias/el-discurso-con-que-patricio-aylwin-reinauguro-la-democracia-1/>

Gómez, F. (2006). *Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo*. Tiempo de paz. 131. 40-47.

Gómez, M. (2000). “Derecho Indígena y Constitucionalidad”. En: Milka Castro (ed.) *Actas del XII congreso internacional sobre pluralismo legal y derecho consuetudinario*. Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico. p. 1029-1051.

Gómez, P. (2015). Informe de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Canadá. *Radio Canadá Internacional*. <https://www.rcinet.ca/es/2015/06/03/informe-de-la-comision-para-la-verdad-y-la-reconciliacion-de-canada/>

Góngora Marmolejo, A. (2001). *Historia de todas las cosas que han acaecido en el reino de Chile y de los que lo han gobernado*. Ediciones de la Universidad de Chile.

González, D. (2022). ¿Viven hoy en Chile más de dos millones de inmigrantes?. *Factchecking*. <https://www.pauta.cl/factchecking/perro-de-caza/viven-hoy-en-chile-mas-de-dos-millones-de-inmigrantes-cifras-migracion#:~:text=De%20acuerdo%20con%20la%20informaci%C3%B3n,la%20poblaci%C3%B3n%20total%20del%20pa%C3%ADs>

Government of Canada. (2022). *Truth and Reconciliation Commission of Canada*. <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1450124405592/1529106060525>

Gurr, T. (1993). *Minorities at Risk: A Global View of Ethnopolitical Conflict*. Cambridge University Press.

Gutmann, A. (1993). *Democracy & Democratic Education*. *Studies in Philosophy and Education*, 12(1).

Guttmann, A. (1993). *The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics*. *Philosophy & Public Affairs*. (22). 3.

Habermas, J. (1962). *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*. Cambridge: MIT.

Habermas, J. (1994). *Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana*.

Hale, C. (2005). *Neoliberal Multiculturalism: The Remaking of Cultural Rights and Racial Dominance in Central America*. *Political and Legal Anthropology Review*, 28(1), p. 16. Traducción propia.

Hirschman, H. (1991). *Retóricas de la Intransigencia*. Fondo de Cultura Económica.

Hobsbawm, E. y Ranger, T. (eds.) (2012). *La invención de la tradición*. Crítica.

Hobsbawm, E. (1983). *La invención de la tradición*. Ed Paidós. Buenos Aires Argentina.

<https://magnet.cl>. (2018). [ARCHIVO] El discurso con que Patricio Aylwin reinauguró la democracia. [Www.gob.cl](http://www.gob.cl). <https://www.gob.cl/noticias/el-discurso-con-que-patricio-aylwin-reinauguro-la-democracia-1/>

Huaman Poma de Ayala, F. (2006). *Nueva Crónica del Buen Gobierno*. Siglo Veintiuno.

Hubner Gallo, I. (1994). *Los Derechos Humanos*. Ed. jurídica

Hutchinson, J. (1996). *Etniciy*. Oxford University Press. Oxford.

ICTJ. (2011). *¿Qué es la justicia transicional?* The International Center for Transitional Justice. <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>

Indacochea Jauregui, J. (2018). La autodeterminación moderna: El derecho a la autonomía externa después de la Opinión Consultiva sobre Kosovo. *Revista Tribuna Internacional*. 7 (13).

Instituto Nacional de Estadísticas (2017). Entrega final censo 2017. <http://www.censo2017.cl/>.

Instituto Nacional de Estadísticas. (2003). Comisión nacional del XVII censo de población y vivienda, Síntesis de Resultados. <https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/censo-de-poblacion-y-vivienda/publicaciones-y-anuarios/2002/sintesis-censal-2002.pdf>

Jaccard, D. (2019). *Una monarquía constitucional: El Experimento monárquico de Orllie Antoine de Tounens y El reino de la Araucanía*. Universidad Católica de Temuco Ediciones, 247 págs.. p 16.

Jaccard, D. (2021). *El Agua, Derechos Humanos, Pueblos Indígenas. Propuestas de gobernanza de un marco legal - constitucional para el desarrollo sustentable*. Fundación Aitue. <https://www.fundacionaitue.cl/wp-content/uploads/2022/06/El-Agua-Derechos-Humanos-y-Pueblos-Ind%C3%ADgenas-Aitue-2022.pdf>

Jerez, C. (2019). El mapudungun, una lengua en situación de resistencia. *Noticias ONU*. <https://news.un.org/es/story/2019/04/1454571>

Jiménez-Yañez, César. (2020). #Chiledespertó: causas del estallido social en Chile. *Revista mexicana de sociología*, 82(4), 949-957. <https://doi.org/10.22201/iis.01882503p.2020.4.59213>

Jovanovic, M. A. (2005): “*Recognizing Minority Identities through Collective Rights*”. *Human Rights Quarterly*. 27, (2). 625-651.

Juliá, S. (1997). *Anomalía, dolor y fracaso de España*. Ciudad Real: Universidad de Castilla-La Mancha.

Kempin, T. (2023). *Ethnic conflict*. The editors of encyclopedia Britannica.

Kennett, Steven A (1992), *The Design of Federalism and Water Resource Management in Canada*. Institute of Intergovernmental Relations.

Kunze, J. (2022). Native News Online talks with Kenneth Deer at the United Nations. *Native News Online*. <https://nativenewsonline.net/currents/native-news-online-talks-with-kenneth-deer-at-the-united-nations>

Kymlicka, W. (1991). *Liberalismo, Community and Culture*. Oxford, Clarendon Press, como se cita en Arlettaz, F. (2014). Dos modelos frente a la diversidad cultural: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 59(221), 201-203. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182014000200009&lng=es&tlng=es

Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía Multicultural*. Paidós Barcelona.

Kymlicka, W. (1996). Federalismo, Nacionalismo y Multiculturalismo. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 7, 20-54.

Kymlicka, W. (2007). *Multicultural Odyseys*. *Ethnopolitics*, Vol. 6 N°4, 585 – 597.

LaBot. (2021). La difícil construcción de una casa común. CIPER. <https://www.ciperchile.cl/2021/08/20/%F0%9F%A4%96-la-dificil-construccion-de-una-casa-comun/>

Larraín, F. Meller, P. (1990). Journal Article. *La experiencia socialista-populista chilena: La Unidad Popular, 1970-73*. Published By: Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile. 27 (82). <https://www.jstor.org/stable/41951195>

Lebrun, H. (2023). *Historia de la Conquista del Perú y de Pizarro*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/historia-de-la-conquista-del-peru-y-de-pizarro--0/html/ff2b1b7c-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html#I_0

LGBTQ Community | Definition, Meaning, & Flag | Britannica. (2023). In *Encyclopædia Britannica*. <https://www.britannica.com/topic/lesbian-gay-bisexual-transgender-and-queer-community>

Library of congress (2023). *Federalist papers: Primary Documents in American History: Full Text of The Federalist Paper*. <https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text>

López, F. (2000). *Autonomía y Derechos Indígenas en México*. Universidad de Deusto.

Lowenstein, K. (1979). *Teoría de La Constitución*. Ed. Ariel S.A.

Machado, A. (1912). *El Dios Ibero*.

MacIntyre, A. (2013). *After Virtue: A Study in Moral Theory Bloomsbury Revelations*. Bloomsbury Usa Academic.

Manríquez, V. (2002). «Purum Aucca, "Promaucaes": De Significados, Identidades Y Etnocategorías. Chile Central, Siglos XVI-XVII»I. *Boletín De Arqueología PUCP*, n.º 6 (abril), 337-54.
<https://doi.org/10.18800/boletindearqueologiapucp.200201.013>.

Marimán en Cayuqueo, P. (2008). *La izquierda chilena no podía ver a los mapuches como nación*. Semanario Azkintuwe.

Mariman, J. (1990). Cuestión mapuche, descentralización del estado y autonomía regional. *Revista Caravelle* (59), 189-205. Toulouse, France. Institut Pluridisciplinaire pour les Etudes sur l’Amerique Latine.

- Mariño de Lobera, P. (1865). *Crónica del Reino de Chile*. Imprenta del ferrocarril.
- Martínez Estay, J. (2010). “*Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena*”. Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, Año 8, No 2, 2010.
- Martínez, J. (1981). *Estudio del Problema de la discriminación contra los pueblos indígenas*. Organización de Naciones Unidas.
https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_intro_1981_en.pdf
- Mascareño, A. (2022). *Abandonar la modernidad. Discurso y praxis decolonial en la Convención Constitucional chilena*. CEP.
<https://www.cepchile.cl/investigacion/abandonar-la-modernidad-discurso-y-praxis-decolonial-en-la-convencion-constitucional-chilena/>
- Matheus, L. (2004). Introducción al estudio de la Constitución de Canadá. *Revista de Derecho*. 22, (22). 254-271. <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102211.pdf>
- McDonald, J. (2007). *American ethnic history: Themes and perspectives*. Edinburgh University Press.
- Memoria Chilena (2023). Ceremonia firma del proyecto de ley sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas y la creación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI.
<http://www.archivopatricioaylwin.cl/xmlui/handle/123456789/10759>
- Memoria Chilena. (2021). *Historia general del reino de Chile. Flandes Indiano*. Biblioteca Nacional de Chile. <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-3356.html>
- Mendo, C. (1998). El Tribunal Supremo de Canadá niega a Quebec el derecho a la secesión. *El País*.
https://elpais.com/diario/1998/08/21/internacional/903650410_850215.html
- Meza-Lopehandía, M. (2018). *Proyectos de reforma constitucional y consulta indígena constituyente*.
https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26082/1/FINAL___BCN2018___Proyectos_de_reforma_constitucional_y_consulta_previa_indigena.pdf

Meza-Lopehandía, M. (2018). *Proyectos de reforma constitucional y consulta indígena constituyente*.

Minciencias. (2018). *Colombia, el segundo país más biodiverso del mundo*. Minciencias. https://minciencias.gov.co/sala_de_prensa/colombia-el-segundo-pais-mas-biodiverso-del-mundo

Minga (2022). Alertan sobre implicancias de que no se realice una debida consulta indígena en proceso constituyente. [elciudadano.com. https://www.elciudadano.com/actualidad/alertan-sobre-implicancias-de-que-no-se-realice-una-debida-consulta-indigena-en-proceso-constituyente/12/08/](https://www.elciudadano.com/actualidad/alertan-sobre-implicancias-de-que-no-se-realice-una-debida-consulta-indigena-en-proceso-constituyente/12/08/)

Ministerio de Desarrollo Social, Intendencia de La Araucanía y Ministerios Sectoriales involucrados en Plan Impulso Araucanía. (2018). Plan Araucanía. https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/60/d4/60d4404f-7a81-4753-8dc8-08b2cc2f3c13/acuerdo_nacional_por_el_desarrollo_y_la_paz_en_la_aucaania.pdf

Ministerio de Planificación y Cooperación. (1993). Ley 19.253/1993, del 5 de octubre, que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

Montes, R. (2021). *La violencia en el sur de Chile escala con la muerte de un mapuche y el atentado a un tren de carga*. El País. <https://elpais.com/internacional/2021-11-04/la-violencia-en-el-sur-de-chile-escala-con-la-muerte-de-un-mapuche-y-el-atentado-a-un-tren-de-carga.html>

Morales, Á. (2013). La constitución como “forma del poder”. Sobre el pensamiento constitucional del profesor Rubio Llorente. *Revista Española de Derecho Constitucional*. no. 99: 431–46. <http://www.jstor.org/stable/24886377>

Musafiri, P. (2012). *Right to Self-Determination in International Law: Towards Theorisation of the Concept of Indigenous Peoples/National Minority?*, *International Journal on Minority and Group Rights*, 19(4), 481-532. doi: <https://doi.org/10.1163/15718115-01904006>

Mussa, Y. (2022). Opinión | El Acuerdo por Chile y una Constitución ‘en la medida de lo posible’. *The Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2022/12/14/acuerdo-por-chile-nueva-constitucion-gabriel-boric/>

Naciones Unidas (2022). Pueblos indígenas Naciones Unidas. United Nations; United Nations. <https://www.un.org/es/fight-racism/vulnerable-groups/indigenous-peoples#:~:text=Hay%20m%C3%A1s%20de%20476%20millones,m%C3%A1s%20de%205000%20grupos%20distintos>

Naciones Unidas. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Asamblea general de las naciones unidas. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Naciones Unidas. (2009). Directrices sobre cuestiones relativas a los pueblos indígenas. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/UNDG_guidelines_ES.pdf

Namuncura, D. (2022). ¿Una Constitución indigenista?. *El mostrador*. <https://www.elmostrador.cl/destacado/2022/06/30/una-constitucion-indigenista/>

Newman, D. (2006). *Theorizing Collective Indigenous Rights*. American Indian Law Review, 31(2), 273–289. <https://doi.org/10.2307/20070788>

Nicas, J. (2022). Chile rechaza la Constitución propuesta tras tres años de debate. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2022/09/04/espanol/chile-plebiscito-rechazo.html>

Nogueira Alcalá, Humberto. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Ius et Praxis*, 11(2), 15-64. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>

Nogueira, H. (1994). *Derecho Político. Introducción a la Política y Teoría del Estado*. Cuadernos Universitarios Universidad Andrés Bello. Ed. Andrés Bello.

Nogueira, H; Cumplido, F. (1993). *Derecho Político, Introducción a la Política y Teoría del Estado*. Editorial Universidad Nacional Andrés Bello.

Obieta, J. (1986). *El Derecho Humano a la Autodeterminación de los Pueblos*. Ed. Madrid. Civitas. p. 247.

Observatorio regional de planificación para el desarrollo de Latinoamérica y el Caribe. (2014). Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018. Observatorio regional de planificación para el desarrollo de Latinoamérica y el Caribe. <https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/planes/programa-de-gobierno-michelle-bachellet-2014-2018>

Observatorio Social - Ministerio de Desarrollo Social y Familia. (2023). Ministeriodesarrollosocial.gob.cl. <https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/inicio>

Observatorio Social - Ministerio de Desarrollo Social y Familia. (2017). Ministeriodesarrollosocial.gob.cl. <https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/encuesta-casen-2017>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2006). Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Informe del 85° periodo de sesiones. <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/subcom/index.htm>

OHCHR. (2016). Cartografía de los derechos culturales: Naturaleza, apuestas y desafíos. OHCHR. <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-cultural-rights/mapping-cultural-rights-nature-issues-stake-and-challenges#:~:text=Los%20derechos%20culturales%20protegen%20los,otras%20cosas%20C%20valores%20C%20creencias%20>

Olzak, S. (1983). *Contemporary ethnic mobilization*. Annual review of sociology, 9(1), 355-374.

Orduz, N. (2016). *La Consulta Previa en Colombia. La consulta indígena Colombia, Perú, Chile*. RIL Editores- UDP.

Organización de Estados Americanos. (2016). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

Organización de Estados Americanos. (2021). Convención Interamericana de Derechos Humanos. OEA. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización de Estados Americanos. (2023). Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp#:~:text=La%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos,de%20vulnerabilidad%2C%20as%C3%AD%20como%20de>

Organización de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Asamblea general de las Naciones Unidas.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2023). Oecd.org. <https://www.oecd.org/about/>

Paillal, J. M., Marimán, P., Caniuqueo, S., Levil, R. (2006). --*¡Escucha, winka--!:* cuatro ensayos de Historia Nacional Mapuche y un epílogo sobre el futuro. LOM ediciones.

Pairican, F. (2014). *Malón. La rebelión del movimiento mapuche 1990-2013*. Pehuén.

Pairican, F. (2019). *La bandera Mapuche y la batalla por los símbolos - CIPER Chile*. CIPER Chile. <https://www.ciperchile.cl/2019/11/04/la-bandera-mapuche-y-la-batalla-por-los-simbolos>.

Pairican, F. (2020). *La vía xampurria (mestiza) hacia la autodeterminación*. Ciper Chile. <https://www.ciperchile.cl/2020/07/23/la-via-xampurria-mestiza-hacia-la-autodeterminacion/>

Pairican, F. (2021). Toqui. Guerra y tradición en el siglo XIX. *Ciper*. <https://www.ciperchile.cl/2021/02/06/toqui-guerra-y-tradicion-en-el-siglo-xix/>

Paredes, F. (2020). Pueblos indígenas y tribales y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una mirada crítica. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. XXI. 167-196. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2021.21.15591>

- Pasquino, G. (2011). *Nuevo curso de ciencia política*. Fondo de Cultura Económica.
- Peña G., C. (1998). *¿Por qué necesitamos a Kant?*. Estudios Públicos, (69).
- Peña, Carlos. (2016). *¿Qué significa tratar con justicia a los pueblos indígenas?* En: De Cea, Maite. *La Consulta Indígena Colombia, Perú, Chile*. RIL Editores-UDP. 2016.
- Phoenix, A. (2002). *Cómo se negocia una posición de sujeto intermedia: Muchachos entre once y catorce años, masculinidades y educación escolar*. Nómadas Colombia. 16. 28-39. <https://www.redalyc.org/pdf/1051/105117941003.pdf>
- Pino, A. (2013) Galvarino es la primera comuna de Chile en establecer el mapudungun como su idioma oficial. *Bibiochile.cl*.
<https://www.biobiochile.cl/noticias/2013/08/07/galvarino-es-la-primera-comuna-de-chile-en-establecer-el-mapudungun-como-su-idioma-oficial.shtml>
- Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982). (2015). Justia Law.
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/202/>
- Poblete, M. (2019). Política indígena en Chile. Descripción general desde el término de la dictadura cívico-militar hasta el Programa Orígenes. Asesoría técnica parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27180/1/BCN_Poblete_Politica_Indigena_en_Chile_final.pdf
- Post, R. C. (2003). *Prejudicial Appearances: The Logic of American Anti-discrimination Law*. Duke University Press.
- Prado, M. (2003). *La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento*. Colección de Investigaciones Jurídicas, 3.
- Pratt, J. (1927). "The Origin Of Manifest Destiny". *American Historical Review*. Vol. 14, N°4. pp. 795-798.
- Proceso Constituyente Indígena. (2017). Sistematización del proceso participativo constituyente indígena.
<http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/null/0/1/b/01b50c3f321987047f9>

683dcd25c7012bf38473fa0eb0e012ef868e49f8668b7/_home_aristoteles_documentos_PC_CCO_DT_37.pdf

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2014). *Auditoría a La Democracia*. https://www.estudiospnud.cl/wp-content/uploads/2020/06/undp_cl_gobernabilidad_Informe-Auditor%C3%ADa-a-la-Democracia_2014.pdf

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2015). *Representación Indígena en Poderes Legislativos. Claves desde la Experiencia Internacional. Programa de Gobernabilidad Democrática*. N° 2. https://www.estudiospnud.cl/wpcontent/uploads/2020/04/undp_cl_gobernabilidad_informe_representacion_indigena.pdf

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. (2021). Informe del PNUD entrega análisis de experiencias internacionales de cambios constitucionales y ejemplos de mecanismos de participación ciudadana. <https://www.undp.org/es/chile/news/informe-del-pnud-entrega-analisis-de-experiencias-internacionales-de-cambios-constitucionales-y-ejemplos-de-mecanismos-de-participación>

Quintero, J. (2022). Universidad Externado de Colombia. Universidad Externado de Colombia. <https://www.uxternado.edu.co/ciencias-sociales-y-humanas/a-30-anos-de-la-ratificacion-del-convenio-169-de-la-oit-y-la-guajira-que/>

Raiskila, E. (2016). El ejemplo de Åland, la autonomía protectora de una minoría. ThisisFINLAND. <https://finland.fi/es/vida-y-sociedad/el-ejemplo-de-aland-la-autonomia-protectora-de-una-minoria/>

Rawls, J. (1972). *Theory of justice*. Belknap Press of Harvard University.

Raz, J. (1994). “National Self Determination”, en Íd. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 129-130;

Redacción Latinoamérica. (2022). Wallmapu: La “Nación mapuche” que quieren crear sacándole tierra tanto a Argentina como a Chile. *La Derecha Diario - Últimas Noticias, Opinión E Investigaciones Exclusivas*.

https://derechadiario.com.ar/latinoamerica/latinoamerica_chile/wallmapu-la-nacion-mapuche-que-quieren-crear-sacandole-tierra-tanto-a-argentina-como-a-chile

Regino, A. Torres, G. (2009). *“La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: base de la nueva relación entre los pueblos indígenas, los Estados y las sociedades”*. En Charters, C. Stavenhagen, R. *El Desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Transaction Publisher, p. 165.

Registraduría Nacional del Estado Civil. (2023). La Registraduría del Siglo XXI. *Registraduría Nacional Del Estado Civil*. <https://www.registraduria.gov.co/-Revocatoria-de-mandato-.html>

Reyes, F. (2022). CC: Aprueban comisión para restituir tierras y anular concesiones mineras en territorios indígenas. Biobío Chile. <https://www.biobiochile.cl/especial/una-constitucion-para-chile/noticias/2022/01/25/cc-aprueban-comision-para-restituir-tierras-y-anular-concesiones-mineras-en-territorios-indigenas.shtml>

Richards, P. (2014). *Multiculturalismo neoliberal. Nuevas categorías y formas de entender la ciudadanía y el mundo indígena en el Chile contemporáneo*, en C. Barrientos (ed.), *Aproximaciones a la cuestión mapuche en Chile. Una mirada desde la historia y las ciencias sociales* (pp. 113-144). Santiago: RIL Editores.

Right Livelihood. (2023). *Consolidation of the Amazon Region (COAMA)*. Right Livelihood. <https://rightlivelihood.org/the-change-makers/find-a-laureate/consolidation-of-the-amazon-region-coama/#:~:text=The%20Consolidation%20of%20the%20Amazon,of%20the%20world's%20tropical%20rainforests>

Rivas, F., Montes, R., y Laborde, A. (2022). Resultados plebiscito Chile 2022, en vivo | El ministro de Hacienda de Chile confirmó este martes los cambios en el gabinete de Boric. *El País*. <https://elpais.com/chile/2022-09-05/plebiscito-en-chile-para-una-nueva-constitucion-resultado-y-reacciones.html>

Rodríguez, A. (2021). Fiscalía registra fuerte aumento de “ocupaciones” desde que Conadi disminuyó la compra de tierras para comunidades mapuche. Ciper.

<https://www.ciperchile.cl/2021/11/03/fiscalia-registra-fuerte-aumento-de-ocupaciones-desde-que-conadi-disminuyo-la-compra-de-tierras-para-comunidades-mapuche/>

Rodríguez, G. (2015). *Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*. Editorial Universidad del Rosario primera edición 2015 Colombia. (19)

Rosenmann, M. R. (2020). La vía chilena al socialismo, Salvador Allende a 50 años de la unidad popular. *Revista de Ciencias Sociales* (Cr), vol. IV, núm. 170.

https://www.redalyc.org/journal/153/15367609006/html/#redalyc_15367609006_ref3

Rothschild, J. (1981). *Ethnopolitics: A Conceptual Framework*. Nueva York: Columbia University Press, p. 290, traducción propia.

Rubio Llorente, F. (1993). *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Saba, R. (2007) “(Des)igualdad estructural”, en Alegre, M. y R. Gargarella (2007), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Edit. Lexis Nexis Argentina, S. A. y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Buenos Aires.

Saenz, P. (2011). J. (2010). *Tu quoque, corte? La banalización de los poderes del consejo de seguridad en la opinión consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*. Revista REDI. <http://www.revista-redi.es/es/articulos/tu-quoque-corte-la-banalizacion-de-los-poderes-del-consejo-de-seguridad-en-la-opinion-consultiva-sobre-la-conformidad-con-el-derecho-internacional-de-la-declaracion-unilateral-de-independencia-relat/>

Sánchez, E. (1998). *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*. Universidad Nacional de Colombia, Unidad de Investigaciones Socio jurídicas, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

Sánchez, E. (2000). *Las Autonomías: Características y Elementos*. Milka Castro. En Castro, M. Albo, X. Actas XII congreso de pluralismo y derecho consuetudinario. 645-651.

Sanders, D. (1991). “*Collective Rights.*” *Human Rights Quarterly*, vol. 13, no. 3, pp. 368–86. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/762620>.

Sanhueza, A. (2022). Qué decía la Constitución de Bachelet. *Pauta; Pauta*.
<https://www.pauta.cl/politica/constitucion-michelle-bachelet-propuestas-convencion-constitucional>

Savater, F. (1995). El origen: meta y mito. El País.

Schwartz, R. (2016). *The duty to consult and accommodate. in realizing indigenous rights in international environmental law: a canadian perspective*. Centre for International Governance Innovation. <http://www.jstor.org/stable/resrep15512.7>

Senado. (2022). Acuerdo por Chile: Definen Consejo Constitucional, Comité de Expertos e itinerario para nuevo proceso constituyente. *Senado*
<https://www.senado.cl/noticias/proceso-constituyente/acuerdo-por-chile-definen-consejo-constitucional-comite-de-expertos-e>

Servel. (2022). Plebiscito 2022. Sitio Histórico Resultados Electorales - Servel.
(2022). *Servel.cl*.
<https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=237>.

Shonk, K. (2023). a win win situation. PON - Program on Negotiation at Harvard Law School. <https://www.pon.harvard.edu/tag/a-win-win-situation/#:~:text=A%20win%20win%20situation%20is,lasting%20success%20are%20much%20higher>

Sierra, L. (2008). *Reforma de la institucionalidad ambiental: problemas y oportunidades*. CEP. Documento de Trabajo. N° 373 septiembre de 2008.

Sitio Histórico Resultados Electorales - Servel. (2022). *Servel.cl*.
<https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=237>

Squella Narduchi, A. (2000). *Introducción al derecho*. Ed Jurídica de Chile.

Stavenhagen, R. (2013). *Ethnodevelopment: a neglected dimension in Development Thinking (1986). Pioneer on Indigenous Rights*. SpringerBriefs on Pioneers in Science and Practice. Springer. 2. 15-51.

Supreme Court Judgment. Case number 20306. Report [1988] 2 SCR 712. 15 de diciembre de 1988. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/384/index.do>

Supreme Court of Canada. Report [1980] 2 SCR 213. 17 de junio de 1980.

Swiaainfo. ch. (2022). *Coordinadora Arauco Malleco, la organización radical mapuche que agita Chile*. Swissinfo.ch. https://www.swissinfo.ch/spa/chile-conflicto_coordinadora-arauco-malleco--la-organizaci%C3%B3n-radical-mapuche-que-agita-chile/47851172

Szpak, A. (2018). *El derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación: perspectiva del derecho internacional*. Universidad Nicolás Copérnico. 59. 178–204. DOI:1015804.

Taylor, C. (1994). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Fondo de cultura económica.

Terwindt, C. (2009). *The Demands of the “True” Mapuche: Ethnic Political Mobilization in the Mapuche Movement*. *Nationalism and Ethnic Politics*. 15:2, 237-257, DOI: 10.1080/13537110902921321

The Truth and Reconciliation Commission of Canada. (2015). Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada. https://ehprnh2mwo3.exactdn.com/wp-content/uploads/2021/01/Executive_Summary_English_Web.pdf

Tierney, S. (2005) *Constitutional Law and National Pluralism*. Oxford, 2005; online edn, Oxford Academic, 1 Jan. 2010), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199298617.001.0001>,

Tomás de Aquino, Santo (1964). *Suma Teológica*. 1a. ed. Madrid: biblioteca de autores cristianos.

Tribunal Constitucional de Chile (2009) Sentencia N° 1295. C. 55.

Tribunal Constitucional de Chile (2016) Sentencia N° 2867.

Tribunal Constitucional de Chile. (1995). Sentencia N° 207.

Tribunal Constitucional de Chile. (2011). Sentencia N° 1894.

Tribunal Constitucional Español. Sentencia STC/ 4 1981, 2 de febrero de 1981.
Tribunal Constitucional Español. Sentencia 31/2010. Año 2010.
<https://hj.tribunalconstitucional.es/>

Tricot, T. (2008). *Identidad y política en el Nuevo Movimiento Mapuche*. Historia Actual Online, (15),

Tully, J. (2018). *Las Luchas de los Pueblos Indígenas por y de la libertad*. 52. En Merino, R. Valencia, A. (2018). *Descolonizar el derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*. Palestra editores.

Ugo M. Amoretti, N. Gina. (2014). *Federalism and Territorial Cleavages*. JHU Press, p 11-12.

UNDOC/GEN/G01/141/82/PDF/G0114182.pdf?OpenElement.

Unión Europea. (1948). *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*. <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc5b3a.html>

Vaca, M. (2019). Bolivia promulga nueva Constitución. *BBC Mundo*.
http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7877000/7877041.stm

Vargas, S y Lascarro, A. (2015). Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de Estudios Sociales*, 53.
<http://journals.openedition.org/revestudsoc/9268>

Vasak, K. (1977). *"Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights"*, UNESCO Courier 30:11, Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization.

Velasco, JC. (2003). *Para leer Habermas*, Alianza, Madrid.

Véliz, C. Reformas de 2005: Por qué la llaman la “Constitución de Lagos” y qué tan distinta es de la original de 1980. *CNN Chile*.
https://www.cnnchile.com/plebiscito2020/reformas-2005-por-que-constitucion-lagos_20201015/

Vera, D. (2021). Candidaturas separadas de Catrileo y Chinga muestran divisiones entre escaños reservados de la cc. Biobío Chile.

<https://www.biobiochile.cl/especial/una-constitucion-para-chile/noticias/2021/12/30/candidaturas-separadas-de-catrileo-y-chinga-muestran-divisiones-entre-escanos-reservados-de-la-cc.shtml>

Pinto Rodríguez, J. (2000). *La formación del estado y la nación, y el pueblo mapuche: de la inclusión a la exclusión*. <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-9268.html>.

Vid. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1986/7 & Add. 1-4 (1986) (Martínez Cobo, relator especial). *Add.4, párrafo 379 (1986)*.

Vidal, A. (1999). Políticas Legislativas Indígenas en Chile, el caso de las Tierras y Territorios Mapuches. *Revista cuhso*, (1), 67–111. <https://doi.org/10.7770/cuhso-v0n1-art211>

Vilchis, M. Michel, M. Ricoeur, P. (2013). Dos enfoques del discurso. *La Colmena*. (78). 53-57.

Villar, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado* n.º 20, diciembre 2007. (74-96). 93.

Villavicencio Miranda, L. (2012). La neutralidad liberal como anti-perfeccionismo. *Revista de derecho* (Coquimbo), 19(2), 371-391. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200013>

Walker. N. (2002). *Fundamental Law, in Laws of Scotland*. Stair Memorial Encyclopaedia, Butterworths, 2002, 29-82 - <https://hdl.handle.net/1814/4132>

Weber, Max. (1998) *El Político y El Científico*. Premio ed. Madrid 235 pp.

Woodward & Company for the Ecosystem-Based Management Working Group. (2016). Benefit sharing agreements in British Columbia: a guide for first nations, businesses, and governments. 119 <https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/farming-natural-resources-and-industry/natural-resource-use/land-water-us>

Yáñez, N. y Aylwin, J. (2007). El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el «nuevo trato». Santiago: LOM Ediciones,

Yashar, D. (2005). *Contesting Citizenship in Latin America: The Rise of Indigenous Movements and the Postliberal Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 388, traducción propia.

Young, I. (1990). *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, pp. 41, 48-63.

Zambrano, J. P. (2009). Multiculturalidad y derechos colectivos en Joséph Raz. *Revista de Filosofía Moral y Política*. 41. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3308803>

Zapater, H. (2014). *Los Incas y la Conquista de Chile*. Revista Historia. (16): 249-268.

Zavala, J.M. (2015). *Los Parlamentos Hispano Mapuche 1593 -1803: Textos fundamentales*. Universidad Católica de Temuco ediciones.

Zizek, Slavoj. (2016). *El islam y la modernidad reflexiones blasfemas*. Ed Herder. 85.

Zúñiga Urbina, F. (2013). *Nueva Constitución y Operación Constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente*. Estudios Constitucionales, Año 11, No 1, pp. 511 - 540. ISSN 0718-0195 (505)

Zúñiga, F. (2007). Autonomías constitucionales e instituciones contra mayoritarias (a propósito de las aportaciones de la “democracia constitucional”. *Ius et Praxis*, 13(2), 223-244. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000200010>

SIGLAS

BA.	Barros Arana
BNC.	Biblioteca Nacional de Chile
BNE.	Biblioteca Nacional de España
BNF.	Biblioteca Nacional de Francia
C.C.C.	Corte Constitucional colombiana
C.S. EEUU.	Corte Suprema Estados Unidos
CSC.	Corte Suprema Canadá
CS. CHILE	Corte Suprema Chile.
CAM.	Coordinadora Arauco Malleco
CGR.	Contraloría General de la República
CIDH.	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CJI.	Corte Internacional de Justicia
CONADI.	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
CONAI.	Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador
Corte IDH.	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPAI.	Comisionado Presidencial Para Asuntos Indígenas.
CPR.	Constitución Política de la República
CVHNT.	Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato

DDHH.	Derechos Humanos
DNUDPI.	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ECMPOs.	Espacio Costero Marino Pueblos Indígenas
ETI.	Entidad Territorial Indígena
EZLN.	Ejército zapatista de liberación nacional
FTAI	Fondo de tierras y aguas indígenas
GTPI.	Grupo de Trabajo sobre pueblos y poblaciones indígenas
LGTB.	Lesbianas, gay, transgéneros y bisexuales
LIC.	Ley Interpretativa de la Constitución
LNAB.	Ley de Norteamérica Británica
LOC.	Ley Orgánica Constitucional
LQC.	Ley de Quorum Calificado
MAS.	Movimiento al socialismo
MGUA.	Ministerio de Guerra
MM.	Manuscritos José Toribio Medina
Mss.	Sección Manuscritos
MV.	Morla Vicuña
O.N.U, ONU.	Organización de Naciones Unidas
OCDE.	Organización para el Comercio y Desarrollo
OEA.	Organización de Estados Americanos

OIT.	Organización Internacional del Trabajo
OPE.	Orden Público Económico
PCC.	Partido Comunista de Chile.
PSC.	Partido Socialista de Chile.
RH.	Junta de Real Hacienda
RIGs.	Relaciones intergubernamentales
RML.	Resistencia mapuche lafkenche
SCC.	Suprema Corte de Canadá
SIDH.	Sistema Interamericano de DDHH
T.M.	Títulos de merced.
TCE	Tribunal Constitucional Español.
TCC.	Tribunal Constitucional Chile.
TGDDHH.	Teoría General de los Derechos Humanos
UP.	Unidad Popular.
UN.	United Nations.
VA.	Varios
VM.	Vicuña Mackenna
WAM.	Weichan Anka Mapu.