

## **MINUTA: CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL**

### **COM 1. SISTEMA POLÍTICO, GOBIERNO, PODER LEGISLATIVO Y SISTEMA ELECTORAL**

**SESIÓN 25.11.2021. TALCAHUANO.**

#### **Una Nueva Constitución Plurinacional. Bases para la discusión**

**Dr. Juan Jorge Faundes Peñafiel. Universidad Autónoma de Chile.**  
[juan.faundes@uautonoma.cl](mailto:juan.faundes@uautonoma.cl)

#### **SUMARIO:**

##### **I.- Introducción.**

1. Antecedentes históricos.
- 2.- El rol de los estándares internacionales en materia de derechos humanos.
- 3.- Derecho constitucional comparado “plurinacional”.
- 4.- Del “estallido social” al proceso constituyente
- 5.- Los escaños reservados para los pueblos indígenas

##### **II.- El proceso constituyente y el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas**

##### **III.- Hacia una nueva Constitución Plurinacional**

- 1.- Los valores estructurantes conductores de la visión plurinacional del Estado
- 2.- Marco normativo constitucional plurinacional de reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos:

- a) Disposición general de reconocimiento de los pueblos indígenas
- b) Principios y mecanismos institucionales que articulan una racionalidad ética axiológica plurinacional desde la Constitución
- c) Una orgánica plurinacional, incluidas las competencias y procedimientos respectivos.
- d) Estatuto de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes.

##### **3.- Otras perspectivas constituciones interconectadas:**

- Constitución y protección internacional de los derechos humanos
- Modelo constitucional en materia ambiental Modelo de desarrollo y extractivismo en territorios indígenas
- Forma de estado

##### **IV.- Reflexiones finales**

## Una Nueva Constitución Plurinacional. Bases para la discusión

### I.- Introducción

El Estado de Chile no ha reconocido a los pueblos indígenas en su Constitución a 30 años del retorno a la democracia y sus derechos solo se fueron incorporando por la vía de la ratificación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Desde esa perspectiva, el “control de convencionalidad” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) adquirió un rol central, más allá de sus luces y sombras en el debate doctrinario.

Tras la “crisis social” de octubre de 2019 y el proceso constituyente que desencadenó, se instaló la cuestión del reconocimiento de los pueblos indígenas como uno de los ejes del debate constituyente.

En este trabajo se plantean, varias premisas relevantes de discutir sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas durante en el proceso constituyente –con plena participación indígena–<sup>1</sup>. Se espera sean un insumo en la deliberación constituyente de la Convención Constitucional.

#### 1.- Antecedentes históricos:

Los pueblos indígenas que habitan en Chile han mantenido siglos de lucha por su reconocimiento, especialmente activadas en las últimas tres décadas de gobiernos democráticos. Un evento histórico que da la partida es el llamado “Acuerdo de Nueva Imperial”. En diciembre de 1989, en el marco de un multitudinario encuentro de representantes de los pueblos originarios que habitan todo el país, el entonces candidato presidencial el Patricio Aylwin Azocar acordó con los representantes de los pueblos indígenas: (i) “El reconocimiento constitucional de los Pueblos indígenas y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales”; (ii) La creación de un organismo público que pase a velar por las cuestiones indígenas y un fondo de etnodesarrollo; (iii) La creación de una Comisión Especial para los Pueblos Indígenas, para estudiar el conjunto de propuestas que emanaron del Congreso (centrada en la pérdida histórica territorial indígena).

Ya electo Presidente de la República (1990-1994), Aylwin envió al parlamento diversos proyectos de Ley en cumplimiento del Pacto político indicado:

- Un proyecto de Reforma Constitucional de Reconocimiento de los Pueblos Indígenas;
- Un Proyecto de ley para la Nueva Ley Indígena (que incluía un fondo para la reparación territorial, uno de desarrollo y la creación de la “Corporación Nacional de Desarrollo Indígena” –CONADI–<sup>2</sup>;

---

<sup>1</sup> Este trabajo no aborda la cuestión, también central, de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, importante, porque junto a la Constitución son las principales fuentes en materia de derechos de los pueblos indígenas. Esa perspectiva la abordamos en: FAUNDES, Juan Jorge. "Pueblos Indígenas y la Nueva Constitución: ¿Reconocimiento constitucional o más control de convencionalidad? El camino dialógico del Constitucionalismo en red", en: GAUCHÉ, Ximena (Coord.), Constitución Política y Derecho Internacional. X Coloquios de Derecho Internacional, Universidad de Concepción, Concepción, 2021. Disponible en:

[https://foroconstituyente.udec.cl/storage/2021/08/2021\\_agosto31\\_Dossier\\_final\\_X\\_Coloquios\\_Derecho\\_Internacional.pdf](https://foroconstituyente.udec.cl/storage/2021/08/2021_agosto31_Dossier_final_X_Coloquios_Derecho_Internacional.pdf)

<sup>2</sup> Mensaje, Boletín 514-01, 15 de octubre de 1991.

- Agregó también el Proyecto de Aprobación del Convenio N°169 de la OIT de 1989.

Aquellas fueron las bases de toda la institucionalidad para los pueblos indígenas implementada hasta la actualidad: de sus aciertos, sus crisis, sus fracasos.

En 1989 vía plebiscito se aprobó la reforma constitucional que buscaba hacer viable la transición democrática. Destaca en esta reforma la adenda al artículo 5 inciso 2° relativa a la incorporación constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Más allá de los conocidos debates que suscita hasta hoy, no podemos negar su impacto en relación con los derechos de los pueblos indígenas que hasta la fecha se han venido recepcionando mediante este mecanismo.

Luego en 1993 se aprueba la Ley Indígena 19.253 que implementó una política de reparación territorial (pero también fue la fuente de importantes frustraciones que activaron gran parte de las movilizaciones posteriores). Y, en 2008, se ratifica el Convenio N°169 de la OIT, principal instrumento internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas, que entra plenamente en vigencia el 16 de septiembre de 2009.

Como dijimos, la agenda política sobre el reconocimiento de los pueblos indígena iniciada en 1989 contenía la reforma constitucional de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como uno de los pilares de una institucionalidad democrática efectivamente intercultural (hoy decimos plurinacional). No obstante, dicha reforma, aunque propuesta mediante “Mensaje” de Patricio Aylwin en 1990, no se alcanzó, pese a una larga listas de proyectos de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas que le sucedieron hasta los años previos a octubre de 2019<sup>3</sup>. Se trató de textos diversos que pusieron temas relevantes en debate político, tales como: la idea de “un país”, “una nación”, una “nación única” o un país “plurinacional”, del “derecho a la identidad cultural” y los derechos fundamentales vinculadas al reconocimiento de los pueblos indígenas. Sin embargo, las profundas diferencias ideológicas impidieron que prosperara la reforma constitucional. Pero, con todo, tales proyectos instalaron *horizontes* que permiten visibilizar los déficits en materia de derechos de los pueblos indígenas que la institucionalidad democrática de las últimas tres décadas fue implementando. Y, por cierto, esas tensiones hoy están en el *corazón* del debate constituyente.

La ausencia de reconocimiento y el déficit en materia de derechos, si bien siempre estuvo presente en la agenda de las demandas indígenas y en muchos casos fueron objeto de judicialización, quedaron en evidencia pública a partir de octubre de 2019 y el proceso constituyente que le siguió.

De esta forma, el retorno a la democracia, bajo el imperio de la reforma del artículo 5 inciso 2° de la Constitución, más la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico nacional (incluida la aceptación de la competencia de la Corte IDH)<sup>4</sup>, permitieron la introducción progresiva de los derechos de los pueblos indígenas. Mientras, asimismo, se iba conformando en el ámbito internacional un cuerpo jurídico cada vez más robusto de derechos para los pueblos indígenas<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Congreso Nacional: Boletín 5324-07 y 5522-07 refundidos. Aylwin 1990, Lagos 2002, Bachelet 2008, 2014, entre otros.

<sup>4</sup> Paralelamente, en las postrimerías de la dictadura, Pinochet promulgó y publicó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que incluía la aceptación de la jurisdicción de la Corte IDH

<sup>5</sup> Véase: AGUILAR, Gonzalo, *Dinámica internacional de la cuestión indígena*, Santiago, CECOCH, Librotecnia, 2007.

Luego en 2006 el Estado de Chile es condenado por la Corte IDH en el Caso Arellano Almonacid y solo dos años después ratifica el Convenio N°169 de la OIT, el 16 de septiembre de 2008 que entra en vigencia un año después.

## 2.- El rol de los estándares internacionales en materia de derechos humanos:

Desde la sentencia de la Corte IDH en el caso “Arellano Almonacid vs. Chile (2006)” (como es ampliamente sabido y no es objeto de este trabajo abundar en ello), esta Corte entiende que la interpretación que ella hace de la Convención Americana, afirmada en sus sentencias, es vinculante para los estados bajo la doctrina del Control de Convencionalidad<sup>6</sup>. Al efecto, sin entrar a debatir aquí los alcances de la supervisión internacional de la Corte IDH, la nueva Constitución, en materia de reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos, a lo menos, debiera buscar alcanzar los estándares internacionales de derechos humanos de estos pueblos, a la luz de los instrumentos internacionales vinculantes para el Estado y, en particular, en la medida que han sido desarrollados conforme la jurisprudencia interamericana.

La jurisprudencia referida es importante porque incorpora un conjunto de nuevas categorías que van desde la libre determinación y el derecho humano a la identidad cultural, como derechos matrices de estos pueblos. Junto a un extenso cuerpo de otros derechos, tales como: los derechos de participación, consulta y a la personalidad jurídica; el derecho de propiedad indígena en sus diversas formas, incluido el derecho a los recursos naturales existentes en sus territorios; el derecho humano al agua y al medio ambiente sano; el derecho al uso de la lengua tradicional; un conjunto de derechos en materia de administración de justicia, como el reconocimiento del derecho propio indígena y los sistemas tradicionales de organización y toma de decisiones, entre otros<sup>7</sup>. El ejercicio efectivo de estos últimos<sup>8</sup>, constituyen uno de los principales desafíos en materia de transformación institucional, porque suponen la coordinación con la “jurisdicción indígena” y plantea la cuestión del pluralismo jurídico. Asimismo, tras la plena entrada en vigencia del Convenio N°169 de la OIT en Chile, se ha venido desarrollando una amplia jurisprudencia, que también ofrece elementos de referencia relevantes para el proceso constituyente, en especial respecto de las materias que requerirán un abordaje más “intenso” para superar las brechas o déficit normativos que se visualizan en la institucionalidad nacional, la jurisprudencia y las prácticas estatales.

En particular, el marco de la Convención Constitucional se configura a la luz del artículo 135 transitorio de la Constitución vigente. Al respecto, sin desconocer los debates generados por este artículo considerado una “cláusula de límites”<sup>9</sup>, la entendemos como el mínimo bajo el cual la Convención Constitucional debe dialogar con los instrumentos

---

<sup>6</sup> Sobre “Control de convencionalidad, entre muchos: v. ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ediar, 2008. CONTRERAS, Pablo, GARCÍA, Gonzalo. *Estudios sobre control de convencionalidad*. Santiago: DER Ediciones, 2020. HENRÍQUEZ, Miriam, MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Santiago, DER Ediciones, 2017.

<sup>7</sup> FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, 2020 v.10, n.2 pp. 635-666. NASH, Claudio. “La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales”. Tesis doctoral. Santiago, Universidad de Chile, Chile 2008. pp. 311-312.

<sup>8</sup> V. FAUNDES, Juan Jorge. “Horizontes constituyentes. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. Los casos de Chile y Bolivia”. Curitiba, Brasil, Editora Appris, 2020

<sup>9</sup> Contreras, Pablo *et al*, “[Debate sobre los límites de la Convención Constitucional](https://www.pcontreras.net/blog/category/art-135)”, 2021, <https://www.pcontreras.net/blog/category/art-135> Consultada: 1 de junio 2021.

internacionales de derechos humanos, en particular los reseñados precedentemente, buscando establecer una regulación que, a lo menos, no contradiga las obligaciones internacionales vigentes, ni sea de menor intensidad que los estándares indicados<sup>10</sup>. Con todo, será la propia deliberación al interior de la Convención Constitucional la que defina el marco de la extensión de la o las cláusulas constitucionales que establezcan el reconocimiento de los pueblos indígenas y los respectivos derechos asegurados por la nueva Constitución.

### **3.- Derecho constitucional comparado “plurinacional”:**

Entendemos que la construcción de los dispositivos constitucionales de reconocimiento de los pueblos indígenas supone visualizar -dialogar-, con el derecho constitucional comparado, cuando enfrenta problemas similares y ofrece soluciones que pueden fortalecer los estándares de cumplimiento de las obligaciones internacionales<sup>11</sup>. En este sentido, nos parece esencial la revisión de la experiencia constituyente y el texto de la Constitución Plurinacional de Bolivia.

Así, a los efectos del esfuerzo de la Convención Constitucional chilena, los debates del período constituyente boliviano y su materialización en diversos principios y dispositivos constitucionales, muestran alternativas de relevancia, según abordaremos<sup>12</sup>.

### **4.- Del “estallido social” al proceso constituyente**

El 18 de octubre de 2019 comenzó una vorágine de eventos que se fueron extendiendo a todo el país que, en su conjunto, se conocen como “el estallido social”. No abordamos aquí tal episodio de aristas que continúan en el tiempo. Pero debemos destacar que esta movilización relevó dos aspectos de interés: (i) el uso masivo de la Bandera mapuche, como símbolo ampliamente compartido por personas indígenas y no indígenas; (ii) la demanda misma por una nueva Constitución.

La reacción institucional frente a la crisis social, entre otros aspectos, tanto comprendió un conjunto sucesivo de modificaciones legales en el ámbito social, como contempló la convocatoria a un proceso constituyente mediante una “Convención Constitucional” para la redacción de una nueva Constitución.

Un aspecto complejo y clave, fue el acuerdo en torno a las reglas mínimas de este proceso, especialmente, para la integración de la Convención. En particular, los puntos de conflicto radicaron en la paridad de género, la equidad de acceso para candidaturas independientes (distintas a los partidos políticos tradicionales) y escaños reservados para representantes de los pueblos indígenas.

---

<sup>10</sup> Se trata solo de un marco general, porque, aunque consideremos los estándares (desde las respectivas fuentes) como vinculante, lo que se impone es el cumplimiento material de las obligaciones y no la naturaleza ni la jerarquía de las normas internas que conforman sostienen estos derechos.

Sobre la extensión del mandato de la Convención Constitucional en relación a los instrumentos internacionales en materia de derechos véase: CONTRERAS, Pablo *et al*, “[Debate sobre los límites de la Convención Constitucional](https://www.pcontreras.net/blog/category/art-135)”, 2021, <https://www.pcontreras.net/blog/category/art-135> Consultada: 1 de junio 2021.

<sup>11</sup> Llamamos a este enfoque “*Constitucionalismo en red*”. FAUNDES, Juan Jorge, MELLO, Patricia Perrone Campos, “*Constitucionalismo en red: un método hermenéutico para la protección de los derechos fundamentales de grupos vulnerables y comunidades locales frente a proyectos de inversión*”, en, CÁNDANO M. y DÍAZ R. (Editoras), *Igualdad y no discriminación: Protección jurídica de minorías y grupos sujetos a vulnerabilidad*, Santiago, Tirant lo Blanch, 2021.

<sup>12</sup> Para una revisión detallada de este caso v. FAUNDES, Juan Jorge. “Horizontes constituyentes. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. Los casos de Chile y Bolivia”. Curitiba, Brasil, Editora Appris, 2020

La bandera mapuche se transformó en símbolo de la lucha social general (no solo la indígena). Con ello, se reforzó la cuestión de la identidad étnico cultural chilena, dando cuenta de una sociedad en crisis y también de muchos que asumían las raíces étnico-históricas de esta sociedad<sup>13</sup>. De esta forma, *fundida* la cuestión identitaria cultural con la política constituyente, la demanda por reconocimiento de los pueblos indígenas pasó a ser medular en la redefinición constitucional del Estado y la sociedad.

## 5.- Los escaños reservados para los pueblos indígenas

Paralelamente al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos, se debía enfrentar la cuestión de la representación indígena en el proceso constituyente. En este sentido, en Chile habitan diez pueblos indígenas reconocidos en la Ley Indígena N°19.253<sup>14</sup>, pero esta fórmula legal no constituye un mecanismo de reconocimiento constitucional ni constituía una base a priori para asegurar la representación indígena en la Convención Constitucional.

En este contexto, después de masivas movilizaciones tras el “estallido social” y difíciles negociaciones políticas extendidas durante 2020, en plena pandemia, se acordó la Ley de Reforma Constitucional 21.298 (23/12/2020) que establece 17 escaños reservados para representantes de los 10 pueblos indígenas reconocidos que se incluirán dentro de los 155 Convencionales Constituyentes integrantes de la Convención Constitucional<sup>15</sup>.

## II.- El proceso constituyente y el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas<sup>16</sup>

El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas exige ciertos presupuestos mínimos, según se explica sintéticamente a continuación. (i) La redacción de la Nueva Constitución bajo un proceso constituyente con plena participación indígena (como el que se encuentra en curso), como mínimo de legitimidad democrática y como medio que da cuenta de la realidad multicultural y pluriétnica de la sociedad chilena. (ii) Un cambio constitucional capaz de instituir un nuevo modelo de Estado que introduzca mecanismos permanentes para la participación política democrática (amplia y efectiva, incluida la de los pueblos indígenas), como eje articulador de un modelo plurinacional, pluralista y democrático intercultural. (iii) Que el cambio constitucional se base en una nueva comprensión del “Derecho”, del ordenamiento jurídico en su conjunto, capaz de sostener normativamente la forma “Plurinacional” del Estado. (iv) Una estructura

---

<sup>13</sup> PARICÁN, Fernando. “La bandera Mapuche y la batalla por los símbolos”. Columna opinión, Ciperchile.cl 4/11/2019. <https://www.ciperchile.cl/2019/11/04/la-bandera-mapuche-y-la-batalla-por-los-simbolos/> Consultada: 8 de mayo 2021.

<sup>14</sup> Ley 19.253, Artículo 1, inciso 2° “El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita y Chango del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes”. Modificado por la Ley 21273 del 17 de octubre de 2020 que reconoce el Pueblo Chango.

<sup>15</sup> También ha sido reconocido el Pueblo Tribal Afrodescendiente Chileno (ley 21.151, 16/4/2019), pero fue excluido de representación reservada en la Constituyente. Se encuentra en trámite legislativo el reconocimiento del Pueblo Selk’nam Congreso Nacional, Cámara de Diputados, Boletín N° 12.862.17. Véase: [https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle\\_documento.html?id=75602](https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=75602)

<sup>16</sup> En este apartado II y en el III se sintetizan diversos pasajes de nuestro trabajo Faundes, Juan Jorge. *Horizontes constituyentes. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. Los casos de Chile y Bolivia*. Curitiba, Brasil, Editora Appris

institucional y procedimental (definición de órganos plurinacionales y sus respectivas competencias) que articule los diversos componentes plurinacionales. (v) La positivización de un conjunto de derechos de los pueblos indígenas, como derechos fundamentales que operativizan el Estado Plurinacional; que aseguran la sobrevivencia colectiva de los pueblos indígenas; que garantizan los derechos de sus integrantes en su calidad de personas indígenas, como miembros de sus pueblos y ante el Estado.

En la perspectiva planteada, la clave de la Convención Constitucional para aprobar una nueva Constitución que pueda decirse a sí misma “plurinacional”, radicará en introducir un marco constitucional de reconocimiento de los pueblos indígenas que, como veremos, comprenda:

- 1.- Un conjunto de valores estructurantes conductores de una visión Plurinacional del Estado.
- 2.- Un marco normativo de disposiciones constitucionales que materialicen el reconocimiento de los pueblos indígenas de alcance plurinacional.

### **III.- Hacia una nueva Constitución Plurinacional**

#### **1.- Los valores estructurantes conductores de la visión plurinacional del Estado**

La redacción de la nueva constitución será un campo de disputa y de articulación política entre las diversas visiones de sociedad y los intereses concretos que subsistentes al interior de ella. Por esta razón el debate de la Convención constituyente da cuenta de los nudos o conflictos aún no resueltos como sociedad, tales como, el valor de la diversidad y la auto percepción social, identitaria y cultural, sobre la plurinacionalidad.

Con todo, la Convención Constitucional, para configurar constitucionalmente un Estado Plurinacional, debe acordar cierta visión mínimamente compartida en torno a un conjunto de valores articuladores y performadores de un Estado democrático plurinacional. *Ergo*, en esta dimensión constitucional, no solo se trata de redactar una cláusula constitucional, de definir el contenido textual de uno u otro capítulo del texto (Ello, más bien corresponde a una cuestión operativa que se orienta en el apartado 2 siguiente). Sino que se trata de internalizar ciertos valores y principios que lo configuran materialmente subyacentes al texto. Entre ellos consideramos:

- El reconocimiento del estatus étnico cultural de la composición sociedad chilena, incluyendo el valor democrático de la diversidad cultural en general y de la plurinacionalidad en particular;
- Un descentramiento de la matriz constitucional igualitaria liberal tradicional que se *desplaza* como única articuladora constitucional y la introducción de una “matriz intercultural”, como marco del acuerdo social que supone la igualdad entre “pueblos” constituyentes, con la capacidad de delimitar los derechos fundamentales;
- Una concepción del “reconocimiento” que se basa en el deber de aseguramiento de las condiciones de existencia (culturales, políticas, económicas y materiales: territoriales/recursos naturales) de todos los individuos y grupos. En consecuencia, que supone la *ilicitud* de un modelo de “bien común” de la sociedad, de economía, de Estado, que implique la supremacía de unos colectivos sobre otros, aunque puedan ser democráticamente mayoritarios.

## **2.- Marco normativo constitucional plurinacional de reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos**

Por una parte, es necesario articular el “ejercicio de la soberanía” bajo una comprensión más amplia del “pueblo”, en término de su participación política efectiva estructurada institucionalmente que avanza hacia nuevas formas de participación y representación social e indígena (titulares de los nuevos flujos de transferencia o reapropiación de soberanía).

Así, la Nueva Constitución debe incluir instituciones políticas y orgánico constitucionales que aseguren el orden plurinacional. Ello, entre otros aspectos, en concreto, implica un Régimen Político y Electoral interculturalmente inclusivo y de alcance plurinacional. Supone el reconocimiento al Derecho Propio indígena (los derechos propios) y su jurisdicción, junto a la definición de las competencias en relación al Derecho estatal, incluyendo, entre otros aspectos: los mecanismos de coordinación jurisdiccional, de control constitucional de naturaleza plurinacional y dispositivos normativo-institucional de resolución de conflictos jurisdiccionales en perspectiva plurinacional. En su conjunto, se trata de introducir una racionalidad ética transversal de interpretación intercultural fundada en la nueva Constitución que haga factible la trasferencia de poder en los diversos campos del Estado Plurinacional. Esta visión general, desde los valores ya definidos, según los respectivos caminos que siga la Convención Constitucional, implica principios, órganos, competencias, procedimientos y derechos en particular, colectivos e individuales, según se enuncia a continuación.

Por otra parte, se tratará de dotar de contenido al reconocimiento de los pueblos indígenas. Su *densidad* o extensión dependerá del alcance del acuerdo constituyente que se pueda lograr.

Así, este nuevo marco constitucional, debiera considerar:

### **a) Disposición general de reconocimiento de los pueblos indígenas:**

Una disposición general de reconocimiento de los pueblos indígenas que contemple:

- Una declaración de cuáles son los pueblos indígenas que son parte de esta sociedad;
- Reconocimiento a los pueblos o naciones indígenas, su carácter originario anterior a la instalación del Estado<sup>17</sup>;
- Una síntesis de los valores y principios acordados de forma constituyente en torno a la visión plurinacional de la Sociedad y del Estado (III.1);
- Los ejes rectores del estatuto de derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes que la misma Constitución defina. Decimos ejes rectores, entendiendo que la cláusula de reconocimiento enuncia las bases del estatuto de derechos fundamentales, individuales y colectivos de pueblos indígenas,

---

<sup>17</sup> Esta definición no es excluyente del reconocimiento que se pueda plantear de otros pueblos como el Pueblo Afrodescendiente chileno. O bien de otros grupos culturales, como ya ocurre a nivel legal con la “Comunidad Sorda Chilena” a la que se le reconoce su derecho a la identidad cultural y a su lenguaje de señas, entre otros aspectos. Ley 21303 Que “modifica la ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, para promover el uso de la lengua de señas”.

En particular, en una perspectiva plurinacional, a la luz de la matriz constitucional intercultural enunciada, el reconocimiento de estos otros grupos y sus respectivos derechos debe considerar dispositivos constitucionales equivalentes acorde a la naturaleza y composición de estos grupos. No son relevados en el texto principal este trabajo solo porque nuestro objetivo refiere a los presupuestos relativos a los pueblos indígenas, pero la plurinacionalidad no es factible sin esta equivalencia constitucional.

comunidades y sus integrantes, que debiesen desarrollarse capitularmente, conforme a la organización del texto constitucional que la propia Convención defina.

## **b) Principios y mecanismos institucionales que articulan una racionalidad ética axiológica plurinacional desde la Constitución**

Se trata de un conjunto de principios articuladores de las potestades públicas y el marco de acción autónomo de los pueblos indígenas entre el ordenamiento constitucional general y los derechos de los pueblos indígenas<sup>18</sup>. Entre otros:

- Autodefinición (como pueblos y personas indígenas);
- Autonomía (en base niveles territoriales por definir);
- Complementariedad entre mujeres y hombres<sup>19</sup>;
- Reciprocidad y el “vivir bien”, como presupuestos del desarrollo<sup>20</sup>.
- Pluralismo jurídico en lo normativo intercultural, junto a mecanismos institucionalizados de resolución y diálogo intercultural (dada su relevancia, los abordamos en un capítulo aparte final)<sup>21</sup>.

## **c) Una orgánica plurinacional, incluidas las competencias y procedimientos respectivos.**

En esta materia, el punto de partida radica en la definición constitucional de “potestades plurinacionales”, aquellas competencias y dispositivos de transferencia de poder claves

---

<sup>18</sup> ATTARD, María Elena. (2012). La última generación del constitucionalismo: el pluralismo descolonizador intercultural y sus alcances en el estado plurinacional de Bolivia. *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, N° 2, V. 2, 133-162. FAUNDES, cit. (n. 14).

<sup>19</sup> V. FERNÁNDEZ, Cheila, FAUNDES, Juan Jorge. “Emergencia de las mujeres indígenas en América latina. Debates sobre género, etnicidad e identidad cultural”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, N° 10. V.2. pp. 53-96.

<sup>20</sup> *Sumak Kawsay*, Quechua, *Suma Qamaña*, Aymara: “... se ha constituido en una propuesta y en una oportunidad para pensar otra realidad en la cual los seres humanos forman parte de un todo más armónico con la naturaleza y con los otros humanos, con la alteridad que nos enriquece cotidianamente. Es el reconocimiento de que existen diversos valores y formas de concebir el mundo, de respeto por todos los seres vivos que integran y conviven en nuestra casa común, la tierra”. De la Cuadra, Fernando. “Prólogo. Buen Vivir: ¿Una auténtica alternativa post-capitalista?”. *Polis* vol.14 no.40, 2015. *küme mogen, del Pueblo Mapuche*: “... bienestar en armonía le llamaron *Küme Felen; Küme Mongen* a la calidad de vida y *Nor-Felen* a la ley natural o autorregulación de la naturaleza de las distintas dimensiones del Mundo Mapuche donde habitan los hombres y las fuerzas de la vida desde tiempos inmemoriales”. Tricot, Tito. “El nuevo movimiento mapuche: hacia la (re)construcción del mundo y país mapuche”. *Polis*, V. 8, N° 24, 2009, p. 175-196, p.177. v. Marileo, Armando. *El Mundo Mapuche, un mundo de equilibrio y armonía*. Corporación de Desarrollo y Comunicaciones Mapuche Xeg-Xeg, Temuco. 1998.

<sup>21</sup> DUPRET, B. *Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica*, European University Institute, European Journal legal Studies, 2007. Traducción al español C. Marsan. FAUNDES, Juan Jorge. “Horizontes constituyentes. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. Los casos de Chile y Bolivia”. Curitiba, Brasil, Editora Appris, 2020. Pp. 162-168. LILLO, R. (2002). *Pluralismo jurídico en Chile un desafío pendiente*. Recuperado el Abril de 2013, de Pluralismo Jurídico, Medio Ambiente y Pueblos Indígenas. Yrigoyen, Raquel. “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico”. En, M. Berraondo (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas*, pp. 537-567. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. RODRÍGUEZ VELTZÉ, E.; ROJAS, F. (2010). *Pensar este tiempo: pluralismo jurídico*. La paz: Condrad Adenauer S., 2010.

en una visión plurinacional del Estado. Luego de ello, vendría el diseño de los posibles organismos plurinacionales.

En la tarea de definir ciertas potestades mínimas que debe considerar una fórmula general de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas de alcance plurinacional podemos sintetizar las siguientes potestades constitucionales por asegurar a los pueblos indígenas como nuevos sujetos de derechos del Estado Plurinacional<sup>22</sup>:

– **Potestad normativa**: basada en el reconocimiento de un sistema de normas, el “derecho propio” indígena (que significará la introducción de una pluralidad de ordenamientos jurídicos indígenas válidos);

– **Potestad de administrar justicia**: como función jurisdiccional especial que asegura la validez, eficacia y autonomía de las decisiones jurisdiccionales de los pueblos indígenas. Incluye las facultades de imperio y coerción. Jurisdicción indígena que alcanza tanto el fuero de competencia civil y como el de la competencia penal.

– **Potestad de gobernarse**: esta potestad se sostiene en el reconocimiento de los respectivos sistemas institucionales de toma de decisiones y validación de las autoridades indígenas. Considera los derechos de autogobierno, los mecanismos propios de designación, cambio y legitimación de sus autoridades. Y resulta imprescindible, el diseño e implementación de los mecanismos institucionales de articulación del régimen institucional público y el o los sistemas indígenas en un marco de mutua validación.

– **La potestad de “cambiar reglas para cambiar las reglas”**: este sistema institucional propuesto se sostiene solo si logra instituir normas o un régimen de reconocimiento que garantice la autonomía del derecho indígena. El sistema normativo institucional del Estado debe reconocer la capacidad autónoma y dinámica de los pueblos indígenas y sus instituciones de cambiar su derecho, sus instituciones y las funciones jurisdiccionales, a fin de permitir la operación en concreto del orden indígena con las referidas potestades normativas, jurisdiccionales y de gobierno.

Esta potestad, como derecho a pactar, dictar y cambiar las reglas dictadas concretiza una de las formas más relevantes de transferencia del ejercicio de la soberanía del estado a los pueblos indígenas, dando contenido concreto al derecho a la libre determinación. este conjunto de potestades se concibe como un marco matriz, a partir del cual se sustenta el régimen de derechos, individuales y colectivos de los pueblos indígenas y sus integrantes, los entramados orgánico-institucionales, los procedimientos de articulación, el régimen político y demás aspectos que van tejiendo las condiciones del modelo propuesto.

Luego, la Convención Constitucional debiese trabajar en los diseños orgánicos que permitan operativizar dichas competencias. En particular, esos “organismos” dependerán del alcance o profundidad de la fórmula de reconocimiento que se logre en el proceso constituyente.

#### **d) Estatuto de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes.**

Para avanzarse en una agenda intercultural plurinacional en la nueva Constitución. Al efecto, los derechos reconocidos internacionalmente a los pueblos indígenas configuran ciertos “estándares internacionales” que debieran ser recogidos en la nueva Constitución. En este contexto, proponemos algunos contenidos constitucionales que, en la perspectiva plurinacional formulada, esperamos sean objeto de la próxima deliberación constituyente:

---

<sup>22</sup> V. IRIGOYEN, 2004, pp. 199-220.

Dijimos que el enfoque seguido se centra en el futuro texto constitucional, sin embargo, el marco de referencia sigue estando en los derechos basales ya reconocidos internacionalmente, en especial dos derechos matrices:

- El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas;
- El derecho humano a la identidad cultural<sup>23</sup>.

### **El derecho a la libre determinación:**

Primero, se trata de un derecho originario, en un sentido constituyente material, del que gozan los pueblos indígenas en su calidad de tales, arraigado en su condición preexistente al Estado. Ese derecho los legitima como sujetos constituyentes (en el caso actual bajo la fórmula de 17 escaños reservados). Segundo, la libre determinación se trata de un derecho basal reconocido en el Derecho Internacional, en consecuencia, el reconocimiento de los pueblos indígenas como titulares de este derecho en la Constitución, supone una delimitación, naturaleza y alcance del derecho contenidos en diversas fuentes de Derecho Internacional<sup>24</sup>.

Ese derecho instala a los pueblos indígenas como actores político-constituyentes en el Estado y frente a él. Desde este enfoque, los pueblos indígenas tienen una subjetividad enmarcada en los derechos que los instrumentos de derecho internacional les aseguran, conforme los cuales son sujetos de derechos colectivos exigibles a sus estados y corresponde a tales estados implementar los mecanismos que les permitan “desarrollar sus formas específicas de organización social, cultural, política y económica”<sup>25</sup>. La autodefinition, asimismo, es uno de los principios/derechos nucleares a la libre determinación que deberá considerarse en el estatuto de derechos.

### **El derecho humano a la identidad cultural:**

El derecho humano a la identidad cultural, por su parte, constituye un *derecho matriz* de los restantes derechos de los pueblos indígenas, interdependiente con ellos, que opera como un “*filtro hermenéutico*” que exige a los órganos del Estado adoptar sus decisiones asumiendo la dimensión cultural propia de los pueblos indígenas. En lo concreto este mandato exige la comprensión de los comportamientos a la luz de los significados y visión del mundo propio de la comunidad tradicional, desplazando la interpretación conforme la cultura dominante a la cual mayoritariamente pertenece el intérprete judicial<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Actualmente se sustenta hermenéuticamente en diversas fuentes de Derecho Internacional, universales y regionales, habiendo sido reconocido expresamente por la Corte IDH (Sarayaku vs. Ecuador, 2012, entre otros). Sobre la jurisprudencia de la Corte IDH y el reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural de los pueblos indígenas v.: Faundes, 2019, 2020; Faundes, Vallejos, 2020; Faundes, Buendía, 2021.

<sup>24</sup> Contenido, entre otros, en el artículo 3 y 46 de la DNUDPI y en el Convenio N°169 de la OIT (preámbulo, artículo 1.3 y 7).

<sup>25</sup> GÓMEZ, Magdalena “Derecho indígena y constitucionalidad”, en CASTRO M. (comp.), *Actas XII Congreso internacional de de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos del tercer milenio*, V.II. Arica, Universidad de Chile, Universidad de Tarapacá, pp. 1029-1050. p. 1037.

<sup>26</sup> FAUNDES, Juan Jorge. “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2019, v.10, n.2 pp. 635-666. MELLO, Patricia Perrone Campos y LACERDA, Clara “El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil”, en FAUNDES Juan Jorge, RAMÍREZ Silvana (Editores.), *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*, Santiago, Universidad Autónoma de Chile, 2020. pp. 200.

En este sentido el derecho humano a la identidad cultural ampara las manifestaciones culturales como **“formas de vida”** de los pueblos y sus culturas, cuya vulneración supone un riesgo a su sobrevivencia colectiva<sup>27</sup>. Por tanto, debe ser resguardado por medio de medidas efectivas que el Estado deberá garantizar a los miembros de la Comunidad para que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas<sup>28</sup>. Algunos derechos que integran este derecho son: el derecho a preservar y promover su identidad y patrimonio cultural, sus lenguas, su religión, prácticas ancestrales, vestimentas; el derecho a la protección de los espacios necesarios para el desarrollo de su cultura y religión (sitios de significación cultural), como cementerios, lugares ceremoniales, hitos geográficos o naturales de significación cultural, etc..

A la luz de estos derechos basales, de las fuentes que reconocen derechos a los pueblos indígenas y del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH –ya referidos– se ha desarrollado un conjunto robusto de estándares de cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Chile en relación con los derechos de los pueblos indígenas, conforme los cuales proponemos un listado –provisorio, en tanto sujeto a debate constituyente– derechos fundamentales que debiera contener el Nuevo texto Constitucional.

#### **Derecho a la participación y derechos políticos:**

- El reconocimiento en la constitución del propio estatus de Pueblo Indígena;
- El derecho a designar libremente a sus representantes: (i) comunitarios; (ii) bajo orgánicas indígenas (como un posible “Consejo de Pueblos Indígenas”); representantes en los órganos de gobierno (“electivos”): municipales, regionales o nacionales como en el Parlamento (escaños parlamentarios reservados);
- El derecho de que la elección de tales representantes o autoridades tradicionales se realice de conformidad con los mecanismos propios de cada pueblo;
- El derecho a que dichos representantes puedan, efectivamente y sin discriminación, interactuar en los diferentes niveles de representación política, de gobierno, de la administración de justicia (si fuere el caso) y la constituyente (en curso);
- El derecho a la autonomía, al control y la decisión local en los territorios indígenas o de mayor presencia indígena. Bajo las instituciones y alcance de derechos que se defina en el proceso constituyente<sup>29</sup>.

#### **Derechos territoriales o territorialidad indígena<sup>30</sup>:**

- Derecho a la tierra, territorios, al hábitat y sus recursos naturales (bienes comunes), un junto a la implementación de un modelo de desarrollo armónico con

---

<sup>27</sup> FAUNDES Juan Jorge, RAMÍREZ Silvana (Editores.), *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*, Santiago, Universidad Autónoma de Chile, 2020.

<sup>28</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Xucuro vs. Brasil*, sentencia de 5 febrero de 2018. párr. 188.

<sup>29</sup> Esta materia se asocia directamente a la discusión de la forma de Estado del mismo proceso constituyente.

<sup>30</sup> Entre otros, véase: Corte IDH “*Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v/s Ecuador*”, sentencia 27 junio 2012; Corte IDH, sentencia 31 agosto 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, párrs. 148-150.

estos derechos (supone un derecho regulatorio sectorial minero, de aguas, eléctrico, energético también concordante)<sup>31</sup>;

- Derecho humano al agua como derecho individual y colectivo<sup>32</sup>, reconociendo los derechos ancestrales a las aguas de pueblos y comunidades indígenas;
- Derecho a la reparación y restitución de las tierras perdidas históricamente, considerado un marco interno de reparación que armonice los intereses y derechos de terceros de buena fe y mecanismos expeditos de transferencia de propiedad fiscal, en su caso;
- Derecho a la ampliación territorial en las tierras necesarias para su subsistencia y desarrollo, en el marco del mecanismo interno precedente;
- El reconocimiento y *recomprensión* de las formas de propiedad tradicional, en sus dimensiones colectivas y comunitarias, amparando los casos de propiedad indígena irregular o no registral, sin discriminación e incluso con preeminencia de la propiedad ancestral respecto de los sistemas de propiedad registral en los casos de usurpación histórica; y el derecho a la delimitación de sus territorios.
- El reconocimiento y protección de los territorios indígenas y de sus recursos naturales: implica el derecho a acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales y la preeminencia de la normativa de protección de los territorios indígenas sobre los estatutos jurídicos sectoriales (recursos minerales, hidrocarburos, concesiones forestales, generación de energía, mega infraestructura, etc.).

En particular también comprende los territorios de alcance marino, archipelágico y costero, como el “maritorio” del Pueblo *Rapa Nui*<sup>33</sup>, el Territorio *Hulliche* que comprende la *Buta huapi chilhue* (Chiloé) más archipiélagos del sur con presencia *Hulliche*<sup>34</sup> y el *lafken mapu* de las comunidades *lafkenche* del Pueblo Mapuche y los espacios respectivos de los pueblos que habitan los canales australes.

- Derechos de las mujeres indígenas en perspectiva de complementariedad, interculturalidad y de derechos humanos<sup>35</sup>. En materia de género y mujeres indígenas la globalización capitalista y el modelo de estado nación supone que las nuevas acciones surjan de los actores sociales e indígenas, hombres y mujeres, mediante alternativas sustentables en su base, desde lo comunitario y movimiental, en Complementariedad de hombre y mujer, bajo un enfoque de género y derechos humanos. En este sentido, más allá de las demandas indígenas en general, el enfoque de género interpela a las organizaciones indígenas a incluir

---

<sup>31</sup> En directa relación con los dispositivos constitucionales relativos a la protección de la naturaleza.

<sup>32</sup> Entendemos que este también es un debate en sí del proceso constituyente.

<sup>33</sup> Ministerio del Medio Ambiente. “Sistematización del Proceso de Consulta al Pueblo Rapa Nui sobre indicación al Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. 2017, p.4. Disponible en: <https://consultaindigena.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2021/01/Informe-Consulta-Indígena-PL-SBAP-Pueblo-Rapa-Nui.pdf>

<sup>34</sup> Imaginario huilliche chilote. Reflexiones desde la acción y reacción de la federación huilliche de Chiloé. *Chungará*, Vol. 44 N°4, 2012.

<sup>35</sup> Proponemos un tratamiento constitucional particular, armónico con los derechos de la mujer en general y la perspectiva de género que se adopte a nivel constitucional general. Sobre la materia v.: FERNÁNDEZ, Cheila, FAUNDES, Juan Jorge. “Emergencia de las mujeres indígenas en América latina. Debates sobre género, etnicidad e identidad cultural”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, N° 10. V.2. pp. 53-96.. Tb. V. KETTERER, Lucy. “Mujeres indígenas Latinoamericanas y política: prácticas “diferentes para””. *Punto Género* (1), 249.270, 2011. RIVERA, Silvia. “La noción de “derecho o las paradojas de la modernidad postcolonial: indígenas

y mujeres”. En *Aportes sobre diversidad, diferencia e identidad*, Aportes Andinos N°

11, págs. 11-14. 2004. Bolivia [on line], U. A. Bolívar (Ed.). Disponible en:

<[www.uasb.edu.ec/padh](http://www.uasb.edu.ec/padh)> . [Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2019].

en sus agendas la descolonización de género para lograr consolidar una base de derechos humanos, en un sentido intercultural, sustentada en los valores de la persona y su cultura, en las prácticas de lo público y también de lo privado, de lo individual, lo dual y lo colectivo, como un todo en relación. Este enfoque de género y etnicidad, como derechos humanos, implica descolonizar/nos del modelo europeo, masculino, urbano, blanco y rico. Al respecto, hoy se constata el empoderamiento de convencionales constituyentes, mujeres y hombres, complementados, para que la exclusión torne a inclusión, superando los paradigmas liberales, republicano-coloniales<sup>36</sup>. Esa mirada hegemónica se traduce en prácticas discriminatorias y una situación de marginalidad y exclusión que afecta a la mujer indígena, entre otras, en materia de educación, salud, condiciones de trabajo precarizadas, con el caso paradigmático del trabajo doméstico y la violencia que sufre la mujer indígena, además de una tensión permanente por ocupar espacios en las organizaciones indígenas masculinizadas.

- Derechos de niños, niñas y adolescentes indígenas;
- Derechos de personas indígenas con discapacidad.

### **Reconocimiento del Derecho propio y otros derechos en materia de administración de justicia<sup>37</sup>:**

La deliberación constituyente puede alcanzar fórmulas distintas de diversa extensión: En extremo, puede lograrse un reconocimiento de **pluralismo jurídico “débil”**, se trata más bien de competencias entregadas a los órganos generales del Estado, en especial al Poder Judicial para la aplicación de normas “consuetudinarias” indígenas. En este caso, será clave un nuevo enfoque interpretativo “intercultural”, focalizado en el derecho humano a la identidad cultural (*filtro hermenéutico*)<sup>38</sup> en que los jueces contextualizan las conductas en examen judicial en el marco cultural en que ellas ocurrieron<sup>39</sup>.

Mientras si el reconocimiento del **pluralismo jurídico es “fuerte”**, si se incorpora alguna fórmula que incluya **reconocimiento de la “jurisdicción indígena”** (incluida la penal) que considere las autoridades tradicionales indígenas como órganos decisorios de conflictos, son varios los aspectos orgánicos por considerar, en especial:

- (i) Un órgano con competencias de control constitucional (Corte Suprema o Tribunal Constitucional) que dirima eventuales problemas de constitucionalidad en las acciones de los órganos indígenas. La experiencia comparada muestra casos en el

---

<sup>36</sup> Si bien aquí hablamos de complementariedad hombre y mujer, por cierto, un debate que deberá abrirse refiere a la identidad sexual en el ámbito indígena.

<sup>37</sup> También debiera incluirse el derecho a los mecanismos efectivos de reclamo para la protección de los derechos “derecho a un procedimiento sencillo y eficaz” (art. 25 de la CADH) pero por ser una categoría general su tratamiento constitucional debiera seguir al estatuto de derechos fundamentales, en el marco de las acciones constitucionales de protección y amparo. Pero bien podría ser una acción específica como actualmente ocurre con el recurso de protección en materia ambiental.

<sup>38</sup> FAUNDES, Juan Jorge. “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2019, v.10, n.2 pp. 635-666. MELLO, Patricia Perrone Campos y LACERDA, Clara “El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil”, en FAUNDES Juan Jorge, RAMÍREZ Silvana (Editores.), *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*, Santiago, Universidad Autónoma de Chile, 2020. pp. 200.

<sup>39</sup> V. FAUNDES, Juan Jorge. “Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico”, *Revista Izquierdas*. N° 45, febrero 2019, pp. 51-78.

En estos casos, el Peritaje Antropológico como herramienta judicial es muy relevante.

órgano de control constitucional de esta naturaleza se ha compuesto, en parte, de jueces indígenas (Bolivia 2009), pero otros como la Constitución Bolivariana de Venezuela 1999 que, reconociendo la jurisdicción especial, no tiene un órgano especial de control de constitucionalidad<sup>40</sup>.

- (ii) Un marco base de principios plurinacionales, como mecanismos de articulación intercultural, que coordinen las competencias ordinarias y las indígenas, así como un marco de delimitación de tales competencias<sup>41</sup>. Sin perjuicio de ellos, pueden diseñarse marcos legales complementarios de delimitación de competencias<sup>42</sup>.

### **3.- Otras perspectivas constituciones interconectadas:**

#### **Constitución y protección internacional de los derechos humanos**

En la Nueva Constitución será clave el estatus de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y o del mecanismo constitucional de incorporación de las obligaciones internacionales en esta materia (actual artículo 5 inc. 2°, en relación al artículo 54 N°1). No obstante, en este trabajo partimos desde la premisa que será el nuevo texto constitucional el que reconocerá expresamente a los pueblos indígenas y sus derechos.

#### **Modelo constitucional en materia ambiental**

Junto a la fórmula constitucional de incorporación del Derecho Internacional de los derechos humanos son muy relevantes los dispositivos constitucionales ambientales (y los propios debates en ese marco: Protección del medio ambiente, principios precautorio y preventivo ambiental; derechos de la naturaleza, etc.).

#### **Modelo de desarrollo y extractivismo en territorios indígenas:**

Asimismo, estos cambios solo pueden viabilizar la transformación plurinacional si se logran en conjunto con una transición del modelo de desarrollo, actualmente basado en un patrón de acumulación extractivo exportador (en particular respecto de su directa incidencia en territorios indígenas), hacia un modelo que dialogue con las propuestas

---

<sup>40</sup> AGUILAR, Vladimir, MARCIALES, Guillermo, RODRÍGUEZ, Vercilio Mejías (Waayama) (Coordinadores). *La jurisdicción especial indígena en Venezuela como derecho propio* Mérida: Museo Arqueológico “Gonzalo Rincón Gutiérrez”, ULA Ediciones, Dabánatà GTAI, Grupo de Trabajo Socio Ambiental de la Amazonía “Wataniba”, COICA y ORPIA. EL FAKIH, Fátima, FAUNDES, Juan Jorge. “Los límites del pluralismo jurídico en Venezuela: tensiones y horizontes del imaginario del Estado nación y la lucha por el reconocimiento de los pueblos indígenas”. CUHSO, JULIO 2020, pp. 78-101.

<sup>41</sup> Por ejemplo, en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas son reconocidos como parte de la función judicial (artículo 179), como “Jurisdicción Indígena Originaria Campesina (artículos 179, 190-192). Esta jurisdicción es incorporada como parte integrante de los mecanismos legales y legítimos del Estado para administrar justicia, los cuales siguen “tres ejes esenciales de la refundación del estado Plurinacional” (nosotros decimos “principios de articulación intercultural”: “el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización”. ATTARD, María Elena. (2012). La última generación del constitucionalismo: el pluralismo descolonizador intercultural y sus alcances en el estado plurinacional de Bolivia. *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, N° 2, V. 2, pp. 149-154. FAUNDES, Juan Jorge. “Horizontes constituyentes. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. Los casos de Chile y Bolivia”. Curitiba, Brasil, Editora Appris, 2020.

<sup>42</sup> En esta materia un ejemplo es la “Ley de deslinde jurisdiccional” en el caso de Bolivia. V. RODRÍGUEZ VELTZÉ, E.; ROJAS

indígenas en materia de desarrollo y la protección ambiental de sus territorios. Con todo, estas dimensiones constitucionales, solo por una cuestión de alcance práctico, no forman parte de este trabajo<sup>43</sup>.

#### **Forma de estado:**

La cuestión de las autonomías se relacionará estrechamente con la forma de estado que defina la constitución<sup>44</sup>.

#### **IV.- Reflexiones finales**

Podemos decir que con el proceso constituyente chileno actual que ha logrado grados importantes de participación social, política e indígena, en paridad de género, el país tiene la oportunidad democrática inédita de debatir y acordar las bases normativas de la sociedad que “quiere a ser”, inclusiva de su configuración multicultural/plurinacional.

Ahora bien, se trata de un desafío mayor que exige replantear el Estado de Derecho monista e introducir un modelo constitucional para el Estado que logre articular los diversos componentes que involucra la referida plurinacionalidad que va desde los valores constitucionales que sustentan el reconocimiento de la diversidad y su valoración, de la plurinacionalidad, en relación a los distintos pueblos que la componen, los principios rectores de la referida plurinacionalidad, mecanismos de articulación intercultural y control constitucional (desde una perspectiva plurinacional, esto es, con participación indígena), especialmente si se alcanza un grado “fuerte” de pluralismo jurídico que incluya una fórmula de reconocimiento de la jurisdicción indígena; y un estatuto de derechos de los pueblos indígenas que sigue los estándares internacionales en la materia.

---

<sup>43</sup> Sobre la perspectiva indígena “ambiental” v. Mello, Faundes, 2020. En relación a los debates ambientales, v. PANTOJA, Jairo, AGUILAR Gonzalo, CONTRERAS, Cristian. “Los desafíos del acceso a la justicia ambiental en Chile. *Revista Brasileña de Políticas Públicas*, V.10 N°3, 2020.

<sup>44</sup> V. ALLARD, Raúl, et al. “ADDENDUM. Propuestas de Normas Constitucionales. Nueva Constitución, descentralización con participación. Konrad Adenauer Stiftung, UFRO. 2021.