

Mecanismos constitucionales para posibilitar la representación, la participación y la consulta de los pueblos indígenas

Ejemplos internacionales que pueden servir
de inspiración para Chile





Mecanismos para posibilitar la representación, la participación y la consulta de los pueblos indígenas en los sistemas constitucionales

Ejemplos internacionales que pueden servir de inspiración para Chile

Shireen Morris

© 2021 Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional)

© edición en inglés 2021

Las publicaciones del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional) son independientes de intereses específicos nacionales o políticos. Las opiniones expresadas en esta publicación no representan necesariamente las opiniones de IDEA Internacional, de su Junta Directiva ni de los Miembros de su Consejo.



La versión electrónica de esta publicación está disponible bajo licencia de Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 (CC BY-NC-SA 3.0). Se permite copiar, distribuir y transmitir esta publicación, así como usarla y adaptarla, siempre que sea únicamente para fines no comerciales, se reconozca adecuadamente la publicación y se distribuya bajo una licencia idéntica. Para obtener más información sobre esta licencia, consulte el sitio web de Creative Commons: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/>.

IDEA Internacional

Strömsborg

SE-103 34 Estocolmo

Suecia

Teléfono: +46 8 698 37 00

Correo electrónico: info@idea.int

Sitio web: <https://www.idea.int>

Revisor experto: Kimana Zulueta-Fuelscher

Traducción: Strategic Agenda Ltd

Edición: Mariana Enghel

Diseño: IDEA Internacional

DOI: <https://doi.org/10.31752/idea.2021.109>

ISBN: 978-91-7671-505-5 (PDF)

Creado con Booktype: <https://www.booktype.pro>

Índice

Lista de siglas y acrónimos	6
Introducción	7
La oportunidad actual: una nueva Constitución	7
Contexto histórico y constitucional	8
Derecho internacional	9
1. Algunas consideraciones preliminares	11
2. Mecanismos constitucionales para posibilitar la representación, la participación y la consulta de los pueblos indígenas	14
2.1. Escaños reservados para representantes de los pueblos indígenas en los órganos legislativos	14
2.2. Representación de la población indígena en el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y las instituciones del cuarto poder	20
2.3. Órganos de representación y consulta de los pueblos indígenas	21
2.4. El deber de consultar a los pueblos indígenas sobre asuntos de su interés	29
2.5. Tratados y acuerdos	36

3. Conclusiones	45
Bibliografía	47
Acerca de la autora	64
Acerca de IDEA Internacional	65

Lista de siglas y acrónimos

IDEA Internacional	Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral
IPCAT	Herramienta para la evaluación de los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones
CONADI	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
MUIS	Majlis Ugama Islam Singapura [Consejo Religioso Islámico de Singapur]
OIT	Organización Internacional del Trabajo

Introducción

En Chile, los pueblos indígenas, que conforman alrededor de un 13 por ciento de la población, constituyen una minoría importante y muy desfavorecida¹. Al igual que muchos otros pueblos indígenas del mundo, fueron despojados de sus propiedades y discriminados por las fuerzas colonizadoras, y no contaron con ningún poder de decisión en la elaboración de las sucesivas constituciones que establecieron nuevos sistemas políticos en sus tierras. Por lo tanto, los pueblos indígenas de Chile están estructuralmente desempoderados y apenas pueden influir en el sistema político o en las decisiones políticas que afectan a sus derechos.

La oportunidad actual: una nueva Constitución

En el referéndum celebrado en octubre de 2020 el pueblo chileno votó a favor de la redacción de una nueva Constitución. Se trata de una oportunidad para que los pueblos indígenas establezcan una relación de poder más justa con el Estado chileno. Por primera vez la Convención Constitucional incluye una cuota específica de 17 representantes indígenas. De esta forma, los pueblos indígenas podrán contribuir al proceso de diseño constitucional y abogar por reformas que reconozcan debidamente sus derechos e intereses.

¿Qué tipo de reformas constitucionales podrían propugnar los representantes indígenas? En este documento se presentan ejemplos comparativos de mecanismos institucionales para ejercer el derecho a la autodeterminación, que empoderan a los pueblos indígenas y les permiten hacerse oír e influir en la toma de decisiones de las instituciones estatales. El documento se centra en el examen de mecanismos y estructuras institucionales que posibilitan la representación y la participación de los pueblos indígenas, así como la realización de su derecho a ser consultados con respecto a asuntos que les atañen directamente. Mediante el

análisis de dichos mecanismos presentado en este documento se procura apoyar el diálogo constitucional actual y brindar a los pueblos indígenas información y opciones que los ayuden a negociar una presencia más justa en la nueva Constitución.

Este documento debe leerse conjuntamente con la herramienta para la evaluación de los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones (IPCAT) de IDEA Internacional, que analiza una serie de preguntas y además aporta explicaciones y ejemplos constitucionales comparativos a fin de ilustrar las distintas formas en que las constituciones de diversos países reconocen los derechos de los pueblos indígenas (IDEA Internacional, 2020)².

Contexto histórico y constitucional

La situación constitucional actual de los pueblos indígenas de Chile está ligada a la historia colonial del país, que se caracteriza por el desplazamiento, la desposesión y la discriminación que los pueblos indígenas sufrieron a manos de las fuerzas colonizadoras, así como por la resistencia indígena y la supervivencia de sus pueblos.

El Tratado de Tapihue firmado en 1825 pretendía poner fin al conflicto militar entre el pueblo mapuche y el Estado colonizador. El pueblo mapuche reconoció la soberanía del Estado chileno y este, a su vez, reconoció los derechos del pueblo mapuche a la autonomía y al autogobierno en sus propios territorios. Sin embargo, en 1866 los términos del Tratado fueron quebrantados por un Estado por entonces más poderoso, que se apropió de tierras indígenas (Crow y Santa Cruz, 2018, págs. 39-58). La Constitución de 1882, que reflejaba las políticas y las actitudes asimilacionistas de la época, facultó al Congreso para “civilizar” a los “indios del territorio”, lo que demuestra la existencia de una relación colonial desde arriba hacia abajo [*top-down*] (Donoso et al., 2021). Desde entonces ninguna otra Constitución chilena ha hecho mención alguna de los pueblos indígenas. A día de hoy, Chile y Uruguay son los únicos países de la región latinoamericana en que los pueblos indígenas no gozan de ningún reconocimiento constitucional (Fernández, 2020).

Recientemente se han realizado diversas acciones para reconocer de forma más justa a los pueblos indígenas, con resultados dispares. Algunos intentos de conseguir que los pueblos indígenas gozaran de reconocimiento constitucional (aunque de manera limitada y proteccionista) no fueron aprobados por el Congreso, pero la Ley Indígena (Ley núm. 19253 de 1993) creó un registro de tierras indígenas y estableció mecanismos para el reconocimiento estatal de las tierras y las comunidades indígenas. Dicha ley reconoce a los pueblos indígenas como “los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos” y obliga al Estado a proteger y promover “el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades” (art. 1).

Además, la Ley Indígena establece que el Estado deberá “escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce [dicha] ley” cuando se traten materias que tengan relación con cuestiones indígenas (art. 34). A tal fin, en 1993 se creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI)³. Aunque la Corporación está integrada por personas tanto indígenas como no indígenas, por primera vez los miembros indígenas debían ser elegidos por votantes indígenas. No obstante, la participación indígena en la elección de los miembros de la CONADI ha sido escasa, el director de la CONADI es nombrado por el Presidente sin que los pueblos indígenas sean consultados, y la institución no es independiente del Estado. Además, la Corporación no ha establecido un mecanismo eficaz de representación y consulta de los pueblos indígenas, y las reformas tampoco han satisfecho las expectativas de dichos pueblos (Rodríguez y Carruthers, 2008; Gazmuri, 2018; Pizarro-Escuti, 2021).

A pesar de los nobles objetivos de la Ley Indígena respecto de la participación política de los pueblos indígenas, la representación de dichos pueblos en las instituciones políticas de Chile sigue siendo sumamente escasa (UIP, 2014)⁴. Las acciones tendientes a posibilitar la consulta y la participación de los pueblos indígenas, que incluyen los intentos de reformar la Ley Indígena, no se han realizado de forma sistemática y sus resultados son insuficientes (Albert, 2019).

Derecho internacional

La situación de marginación de los pueblos indígenas de Chile parece contradecir el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas establecido por el derecho internacional, según el cual los pueblos indígenas deben tener la potestad de gestionar sus asuntos de forma autónoma⁵. La autodeterminación no tiene por qué llevar al separatismo; en cambio, puede lograrse en el marco de una nación unida que genere las condiciones para que los pueblos indígenas cuenten con poder político, sean debidamente escuchados y participen de los procesos de toma de decisiones sobre las cuestiones que les atañen. Con vistas a facilitar ese tipo de “autodeterminación interna”, el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, que Chile ratificó en 2009, exige la consulta y la participación de los pueblos indígenas en la elaboración de las leyes y políticas que los afecten (art. 6 (1) (a) y (b)). En consonancia con la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas exige la consulta y la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones del Estado relativas a cuestiones que atañen a dichos pueblos⁶.

En Chile una nueva Constitución podría incorporar disposiciones institucionales que pongan en práctica estos principios. Con arreglo a los principios de autodeterminación, esos mecanismos constitucionales deberían

establecerse, diseñarse y aplicarse junto con los pueblos indígenas, de una forma auténticamente colaborativa y con base en su consulta.

Notas

1. Actualmente la legislación reconoce a 10 comunidades indígenas distintas: aimara, quechua, chango, atacameña, colla, diaguita, rapa nui o pascuense, mapuche, kawashkar o alacalufe, y yámana o yagán (Ley núm. 19253 de 1993 o Ley Indígena, pág. 253; Donoso et al., 2021).
2. Se estima que la traducción al español del documento de IDEA Internacional titulado *Indigenous People's Rights in Constitutions Assessment Tool* [Herramienta para la evaluación de los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones] estará disponible a partir de enero de 2022.
3. La CONADI pretende empoderar a los pueblos indígenas como agentes de su futuro político, al permitirles expresar sus propias ideas sobre cómo deberían desarrollarse sus comunidades (Rodríguez y Carruthers, 2008).
4. Parecen gozar de una representación incluso menor que los pueblos indígenas de otros países de América Latina, como Bolivia, Ecuador, México y Perú (UIP, 2014; véase también Hoffay y Rivas, 2016).
5. El artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, a la que Chile se ha adherido, establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación” y que “en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (Naciones Unidas, 2007).
6. El artículo 18 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”. El artículo 19 de la citada Declaración señala, además, que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (Naciones Unidas, 2007).

1. Algunas consideraciones preliminares

Una cuestión fundamental para el diseño y la aplicación de acuerdos institucionales que posibiliten la representación, la participación y la consulta de los pueblos indígenas consiste en determinar quiénes serán las personas representadas. ¿Cómo se establecerá la identidad indígena en relación con las instituciones estatales?

En Chile, la Ley Indígena vigente define a las personas indígenas como aquellas que tienen un progenitor indígena (la definición incluye a los padres adoptivos); aquellas que descienden de grupos indígenas, “siempre que posean a lo menos un apellido indígena”¹, o aquellas que mantienen los rasgos culturales de un grupo indígena o cuyo cónyuge es indígena (art. 2). Además, la Ley Indígena establece que la calidad de persona indígena podrá acreditarse mediante un certificado otorgado por la CONADI y también podrá ser impugnada por otras personas mediante el procedimiento señalado en la misma ley (art. 3). Por último, en la Ley se contemplan penas para quienes se atribuyan la calidad de persona indígena sin serlo con el fin de obtener algún beneficio económico (art. 5)².

Algunos países definen las normas para establecer el origen indígena de las personas en la legislación ordinaria, mientras que otros las consagran en la Constitución y definen otros detalles (incluidos los procesos de reconocimiento por parte del Estado) mediante leyes concretas. Por ejemplo, la Constitución de **Bolivia** de 2009 dispone que “Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española” (art. 30 (I)). Además, el Estado reconoce hasta 36 pueblos indígenas (IWGIA, “Pueblos indígenas en Bolivia”, s. d.). La Constitución de **Paraguay** de 1992 reconoce “la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo” (art. 62), mientras que el Estatuto de las

Comunidades Indígenas de 1981 establece la creación de un Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Ley núm. 904 de 1981). La Constitución de **Canadá** de 1982 define a los pueblos aborígenes como los pueblos indios, inuit y métis de Canadá (sec. 35), mientras que la polémica Ley Indígena de 1876, en constante evolución, distingue entre quienes son reconocidos como indígenas (es decir, figuran en el registro indígena) y quienes no son reconocidos como tales (es decir, no figuran en el registro indígena del Gobierno Federal) (Fundaciones Indígenas, s. d.).

En **Australia**, desde la década de 1980 la definición de indígena consta de tres partes desarrolladas en el derecho y en la legislación ordinaria. Para que una persona sea considerada indígena debe: (a) contar con ascendencia aborigen o de las islas del estrecho de Torres; (b) autoidentificarse como aborigen o persona isleña del estrecho de Torres, y (c) ser aceptada por la comunidad como aborigen o persona isleña del estrecho de Torres³. En los casos en que es necesario acreditar la ascendencia indígena —un requisito que muchas veces debe cumplirse para acceder a servicios específicos para personas indígenas—, una organización comunitaria indígena puede emitir una “confirmación de origen étnico aborigen” (AIATSIS, s. d.). En **Nueva Zelandia** la legislación define a las personas maoríes como aquellas de la raza maorí de Nueva Zelandia, incluida su descendencia (Ley de Tierras Maoríes, 1993, sec. 4). Se puede solicitar una carta de registro de la *iwi* [tribu] u otra prueba de ascendencia para acceder a las prestaciones dirigidas específicamente a las personas maoríes (Universidad de Otago, s. d.).

En **Noruega** la Ley Sami de 1987, en virtud de la cual se estableció el Parlamento sami (un órgano consultivo indígena al que se hace referencia más adelante), establece que cualquier persona que reivindique su identidad sami puede exigir su registro como elector o electora sami en su municipio, siempre que: (a) el idioma sami sea su propia lengua; (b) tenga o haya tenido un progenitor, una progenitora, un abuelo, una abuela, un bisabuelo o una bisabuela cuya lengua fuera el sami, o (c) sea hijo o hija de una persona que esté o haya estado inscrita en el registro electoral sami (sec. 2.6).

En **Finlandia** la legislación establece que una persona sami puede identificarse como tal siempre que cumpla con alguno de los siguientes requisitos: (a) al menos su progenitor o progenitora, o uno de sus abuelos o abuelas, debe haber aprendido el sami como primer idioma; (b) deber descender de una persona que haya sido inscrita en un registro de tierras, impuestos o población como lapón montañés, forestal o pescador, o (c) al menos su progenitor o progenitora debe estar inscrito o tener derecho a inscribirse como elector o electora en unos comicios para elegir a los representantes en la Delegación Sami o en el Parlamento Sami (Ley del Parlamento Sami de 1995, art. 3).

Estos ejemplos ilustran la variedad de enfoques que pueden adoptarse a la hora de identificar a los pueblos indígenas. Las normas de identificación deben evitar

excluir injustamente a los pueblos indígenas que han sufrido pérdidas culturales, lingüísticas, de tierras o de otro tipo como resultado de la colonización⁴. Además, tanto el Convenio núm. 169 de la OIT como la pregunta 1 de la IPCAT reconocen que las personas y los grupos deben poder elegir si desean o no identificarse como indígenas. También es fundamental consultar a los pueblos indígenas a la hora de diseñar las normas para su identificación y permitir que colaboren en el proceso. Esas normas en ningún caso deben imponerse.

Notas

1. También especifica que un apellido no indígena se considerará indígena si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones.
2. Para consultar de qué forma este enfoque está en consonancia con la práctica comparativa en otros países, se sugiere considerar la pregunta 1 de la IPCAT.
3. Véanse, por ejemplo, las definiciones presentadas en la sección 4 de la ley de 1983 sobre los derechos de los aborígenes sobre las tierras (Nueva Gales del Sur, Australia).
4. Se sugiere consultar el análisis presentado por Morris 2021.

2. Mecanismos constitucionales para posibilitar la representación, la participación y la consulta de los pueblos indígenas

A fin de cumplir los principios de autodeterminación de los pueblos indígenas, es preciso contar con mecanismos institucionales que verdaderamente permitan a dichos pueblos participar, ser representados y ser consultados en la toma de las decisiones políticas del Estado que les conciernen. En las siguientes secciones se examinan ejemplos comparativos de estructuras constitucionales e institucionales que facilitan el logro de esos objetivos. Así, se analizan los escaños legislativos reservados a los pueblos indígenas; la representación indígena en el Poder Ejecutivo, en el Poder Judicial y en las instituciones del cuarto poder; los órganos representativos y consultivos indígenas; la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas, y la formulación de tratados y acuerdos.

2.1. Escaños reservados para representantes de los pueblos indígenas en los órganos legislativos

Algunos países garantizan la representación indígena en sus órganos legislativos por medio de la reserva de escaños legislativos para los pueblos indígenas. Cabe señalar que se registran diferencias notables entre diversos países en lo que respecta a la aplicación de esta práctica. Al respecto, algunos ejemplos comparativos pueden consultarse en la pregunta 14 de la IPCAT.

Las personas encargadas de llevar adelante la reforma constitucional deben considerar si es conveniente reservar escaños, cuántos escaños deben reservarse, cómo debe ser el proceso de selección de los representantes, y cuál es la mejor

manera de determinar la población electoral indígena. A continuación se analizan algunos ejemplos que podrían contribuir a generar nuevas ideas.

Nueva Zelanda

Las personas maoríes constituyen alrededor de un 16,7 por ciento de la población de **Nueva Zelanda**. El sistema parlamentario unicameral del país reserva escaños para representantes del pueblo maorí desde 1867 (Stats NZ, 2020). En un primer momento esos escaños constituyeron una herramienta colonial de control político. La población maorí era mayoritaria en la década de 1860, por lo que limitar su representación electoral a tan solo cuatro escaños reservados permitió restringir su poder (Ley de Representación Maorí de 1867; Lloyd, 2009, pág. 5), mientras que los europeos ocupaban 72 escaños (Historia de Nueva Zelanda, “Los maoríes y el voto: el establecimiento de los escaños maoríes”, s. d.). Nueva Zelanda no cuenta con una Constitución codificada, por lo que el Parlamento puede modificar cualquier acuerdo constitucional mediante la legislación ordinaria¹. Esta flexibilidad institucional ha propiciado la evolución del diseño constitucional y ha facilitado una mayor representación maorí a lo largo del tiempo. No obstante, el hecho de que los escaños maoríes no estén protegidos constitucionalmente los torna vulnerables ante el riesgo de ser abolidos mediante leyes ordinarias.

El número de escaños reservados a las personas maoríes pasó de 4 a 5 en 1996, y luego a 7 en 2002 (Historia de Nueva Zelanda, “Los maoríes y el voto: cambios en el siglo XX”, s. d.). En la década de 1980 Nueva Zelanda sustituyó el sistema electoral de mayoría simple por uno de representación electoral proporcional mixto, un cambio que contribuyó a mejorar la representación. Un sistema de representación electoral proporcional mixto concede a cada elector o electora dos votos: uno para una candidata o un candidato específico que representará al distrito electoral unipersonal de la persona que vota, y otro para el partido político de su elección. Esto da lugar a una composición mixta del Parlamento: algunos escaños quedan en manos de las candidatas y los candidatos ganadores de los distritos territoriales unipersonales y el resto de los escaños se asignan proporcionalmente a los diversos partidos políticos, con base en su participación en los votos destinados a los partidos a escala nacional. Este cambio hacia un sistema de representación electoral proporcional mixto aumentó la capacidad de respuesta y la diversidad del Parlamento, y afianzó aún más la representación maorí. Además de los escaños reservados, en la actualidad también se ha incrementado el número de representantes maoríes en los escaños generales, y la creación del Partido Maorí ha contribuido a reforzar los intereses de este grupo de la población.

Hoy en día hay 7 escaños reservados para personas maoríes de un total de 120 escaños, un escaño por cada uno de los siete distritos electorales maoríes (Parlamento de Nueva Zelanda, 2020). Los siete distritos electorales maoríes

abarcan la totalidad del país y coexisten territorialmente con los distritos electorales generales. La población electoral maorí² no se corresponde con el total de la población maorí, sino que está conformada por el electorado maorí inscrito en el censo maorí (Comisión Electoral de Nueva Zelanda, s. d.). Todas las personas maoríes pueden elegir si desean votar en el censo maorí o en el censo general (Ley Electoral de Nueva Zelanda de 1993, sec. 76). No obstante, una vez inscrita, una persona maorí solo puede cambiar de censo durante la llamada “opción electoral maorí”, que suele tener lugar cada cinco años (Comisión Electoral de Nueva Zelanda, s. d.). Aunque las personas maoríes son las únicas que votan en la elección de los escaños maoríes, desde 1967 no se exige que los candidatos o las candidatas que se postulan para ocupar dichos escaños sean de ascendencia maorí (Biblioteca Parlamentaria de Nueva Zelanda, 2009).

Bolivia

Los pueblos indígenas representan en torno al 40 por ciento de la población de **Bolivia** (IWGIA, Pueblos indígenas en Bolivia, s. d.; Directorio Mundial de Minorías y Pueblos Indígenas, s. d.). Este país cuenta con escaños reservados para personas indígenas desde 2009, año en que se estableció la Constitución del Estado Plurinacional de ese país. En el capítulo IV de la Constitución boliviana se describen los “Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos”, que incluyen los derechos a la participación política. En el artículo 147 de la Constitución se establece que en “la elección de asambleístas se garantizará la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos” y que la ley “determinará las circunscripciones especiales indígena originario campesinas, donde no deberán ser considerados como criterios condicionales la densidad poblacional, ni la continuidad geográfica”.

Estas disposiciones, cuyo sentido es ambiguo, dejan en manos de la legislación la consideración de los detalles institucionales relativos a los escaños reservados. En la práctica no se logró una participación proporcional de los pueblos indígenas (UIP, 2014). Los defensores de los pueblos indígenas abogaban por reservar para dichos pueblos un total de 18 escaños (Barié, 2020, págs. 13 y 14), pero el Régimen Electoral Transitorio de 2009 (Ley núm. 4021) estableció siete “Circunscripciones Especiales Indígena Originario Campesinas” en las tierras bajas de Bolivia (arts. 32 y 35), que serán definidas por la Corte Nacional Electoral (art. 36). De esta forma, 7 escaños de los 130 de la Cámara de Diputados quedaron reservados para los pueblos indígenas (es decir, 7 de los 166 disponibles en la Asamblea Legislativa Plurinacional bicameral). Se espera que esos 7 diputados indígenas representen a 41 naciones indígenas (Barié, 2020, pág. 17). En lo que respecta a las zonas rurales con poblaciones indígenas, allí los electores y las electoras indígenas pueden votar a un diputado indígena en lugar de participar en las elecciones generales de distrito con un solo miembro (Guía Electoral, 2020). Cabe señalar que en general las reformas distaron mucho de

satisfacer las expectativas de los pueblos indígenas. En un artículo publicado recientemente, un experto en la materia lo explicó de esta forma: aunque en las primeras propuestas de borrador el 42 por ciento de los diputados de una nueva Asamblea Plurinacional debían ser elegidos directamente como representantes indígenas, ese porcentaje se redujo al 13,8 por ciento de los diputados durante el proceso de negociación posterior y finalmente se fijó en un 5,4 por ciento. Ese cambio resulta aún más evidente en términos cualitativos: en la propuesta original se consideraba a todos los pueblos indígenas (de las tierras bajas y altas, y de los grupos minoritarios y mayoritarios) y se garantizaba la elección y la designación de representantes a través de las autoridades, las instituciones, los mecanismos y los procedimientos propios de la comunidad, sin necesidad de que esos representantes estuviesen registrados como organización política. La ley electoral definitiva de 2010 restringió la participación a los grupos minoritarios de las tierras bajas, fijó límites departamentales, exigió el registro de los grupos como organización política y limitó el uso del derecho consuetudinario a la elección de candidatas y candidatos, por lo que el proceso electoral en sí no sufrió cambio alguno (Barié, 2020, pág. 14).

Los representantes indígenas que ocupan los escaños reservados han tratado de defender las cuestiones indígenas mediante la creación, por ejemplo, de un grupo indígena interpartidista, pero varios de esos intentos han sido bloqueados por el Presidente, que prohibió la iniciativa interpartidista. En palabras del experto antes citado, la independencia de las contribuciones indígenas se ve obstaculizada tanto por la lealtad hacia los partidos tradicionales como por el control del Ejecutivo (Barié, 2020, págs. 17 y 18). Los escaños reservados no satisficieron las aspiraciones indígenas de establecer un acuerdo de reparto del poder entre las naciones constituyentes y con base en los principios de autodeterminación y de autonomía territorial (Barié, 2020, págs. 4 y 13).

Otros ejemplos

Otros países de América Latina también garantizan la representación de los pueblos indígenas en sus respectivos órganos legislativos. Por ejemplo, los pueblos indígenas representan alrededor del 3,4 por ciento de la población colombiana (IWGIA, "Pueblos indígenas en Colombia", s. d.) y la Constitución de **Colombia** de 1991 exige que 2 de los 102 escaños del Senado sean "elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas"³. También afirma que la ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los pueblos indígenas en la Cámara de Representantes (art. 176), que comprende un total de 172 escaños (Congreso de la República de Colombia, s. d.).

En **Venezuela** los pueblos indígenas constituyen alrededor del 2,8 por ciento de la población (IWGIA, 2019). La Constitución de 1999 establece que "Los pueblos nativos tienen derecho a la participación política" y que "El Estado

garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley” (art. 125).

La Asamblea Nacional de Venezuela es unicameral y cuenta con 277 escaños, 3 de ellos reservados para los pueblos indígenas en representación de las tres circunscripciones definidas por el reglamento del Consejo Nacional Electoral (Venezuela, 2020, art. 4). Las personas que se presentan como candidatas deben ser venezolanas, indígenas y mayores de 21 años, y deben hablar su idioma indígena. También deben: (a) haber ocupado un puesto de autoridad tradicional en sus respectivas comunidades; (b) ser conocidas por su trayectoria en la lucha por el reconocimiento de su identidad cultural, o (c) haber llevado a cabo acciones en beneficio de los pueblos y las comunidades indígenas durante un mínimo de tres años (Venezuela, 2020, art. 6).

México no cuenta con escaños reservados para personas indígenas, pero desde 2017 los partidos políticos de ese país deben designar candidatos y candidatas indígenas para las elecciones nacionales en los 13 distritos electorales (de un total de 500) en los cuales la población indígena es superior al 60 por ciento. No obstante, los pueblos indígenas de México siguen sin gozar de una representación adecuada y se están realizando acciones para incrementar el número de distritos que deben nombrar a candidatos o candidatas indígenas.

En África es posible hallar ejemplos de sistemas constitucionales que garantizan la representación política de líderes tradicionales. A este respecto cabe aclarar que en los países africanos los líderes tradicionales no provienen únicamente de las comunidades indígenas. En cambio, allí el término suele referirse de forma más amplia al liderazgo tradicional no occidental presente en los entornos rurales, aunque en cierta medida los conceptos tradicional e indígena puedan superponerse. La Constitución de **Uganda** de 1995 exige que su Asamblea Regional incluya a representantes de los intereses culturales indígenas en las zonas donde exista un líder tradicional o cultural. Dicho líder debe nombrar a los mencionados representantes, quienes no deben exceder un 15 por ciento de los miembros de la Asamblea Regional (anexo 5 sobre gobiernos regionales, art. 2 (2)). La Constitución de **Zimbabwe** de 2013 reserva 16 de los 80 escaños del Senado para los jefes o las jefas tradicionales, que serán elegidos por la asamblea provincial de jefes de cada una de las provincias, que no son las provincias metropolitanas en que se divide Zimbabwe. Como se verá más adelante, también garantiza la representación del Presidente y del Vicepresidente del Consejo Nacional de Jefes en el Senado (art. 120 (1) (b) y (c)). El capítulo 15 de la Constitución detalla las funciones de los líderes tradicionales y les prohíbe participar en la política partidista (art. 281 (2)). No obstante, como señala un experto en la materia, en la práctica los líderes tradicionales se convierten en políticos en el momento en que son nombrados Senadores-Jefes, lo que ocasiona exigencias jurídicas conflictivas (Chigwata, 2016).

En Asia, la Constitución de la India garantiza escaños reservados para las tribus reconocidas en el anexo 5 del texto constitucional, tanto en la Cámara Baja del Poder Legislativo nacional como en las Asambleas Legislativas estatales. Estas disposiciones, de duración limitada, debían expirar en 2020 pero se prorrogaron por otros 10 años (Constitución de la India de 2020, arts. 330, 332 y 334; *The Economic Times*, 2019). El número de escaños reservados es proporcional a la población (Ambagudia, 2019). A las tribus reconocidas en el anexo 5 de la Constitución, que constituyen aproximadamente un 8,6 por ciento de la población de India (Archivo de los Pueblos de la India Rural, 2013), se les asignan 47 escaños reservados de los 543 escaños de la Cámara Baja (*UCA News*, 2021)⁴. En Asia otros ejemplos los constituyen, en **Filipinas**, la Ley Orgánica de Bangsamoro de 2018, que de los 80 escaños de su Parlamento reserva dos para los pueblos indígenas no moros (arts. 6, 7 y 8), y la Constitución de Nepal de 2015, que garantiza la representación proporcional de todos los grupos, incluidos los pueblos indígenas (art. 84 (2) y art. 176 (6)).

Tabla 1. Escaños reservados para los pueblos indígenas en los órganos legislativos

Países	Porcentaje aproximado de población indígena	Número de escaños reservados para los pueblos indígenas en los órganos legislativos nacionales	Número total de escaños en los órganos legislativos nacionales	Estructura del Poder Legislativo	¿Qué cámara cuenta con escaños reservados para personas o pueblos indígenas?
Bolivia	40%	7	166	Bicameral	Cámara Baja
Colombia	3,4%	3	274	Bicameral	Ambas cámaras
India	8,6% (tribus reconocidas en la Constitución)	47	788	Bicameral	Cámara Baja
Nueva Zelandia	16,7%	7	120	Unicameral	No se aplica
Venezuela	2,8%	3	277	Unicameral	No se aplica

Nota: Esta tabla es meramente indicativa. Las cifras pueden no ser exactas, ya que los detalles sobre los escaños reservados suelen figurar en la legislación o en los reglamentos, que cambian a menudo, y resulta difícil verificar las estimaciones demográficas. No se han incluido ejemplos sobre países africanos, ya que en dichos países los escaños no están reservados exclusivamente para personas indígenas. Por último, cabe señalar que no fue posible recabar más datos sobre Nepal y Filipinas.

En **Estados Unidos** el reglamento del Parlamento del estado de **Maine** reserva escaños parlamentarios “sin derecho a voto” para las Primeras Naciones locales, lo que permite a estos grupos participar en alguna medida de los debates sobre la legislación y formar parte de las comisiones parlamentarias. Más ejemplos comparativos sobre los mecanismos electorales que permiten garantizar la participación y la representación de los pueblos indígenas pueden consultarse en la pregunta 14 de la IPCAT.

2.2. Representación de la población indígena en el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y las instituciones del cuarto poder

Australia, Canadá, Nueva Zelandia y muchos otros países cuentan con ministerios y departamentos especializados en asuntos indígenas que permiten a sus gobiernos desarrollar e implementar políticas, programas y servicios específicos para los pueblos indígenas. El hecho de que la dirección de esos ministerios y departamentos recaiga en personas indígenas suele ser una cuestión política⁵. No obstante, la representación de los pueblos indígenas en el Poder Ejecutivo sí está garantizada en algunas constituciones (véase la pregunta 15 de la IPCAT).

En **Singapur** las personas malayas representan alrededor del 13 por ciento de la población (IndexMundi, 2020) y son reconocidas en la Constitución de 1965 como el pueblo indígena del país⁶. En 2016 se instauró en dicho país un mecanismo de elección reservada (art. 19B) según el cual, al menos una vez por cada ciclo de cinco mandatos de seis años, el cargo de Presidente debe ocuparlo un miembro de cada una de las tres comunidades “constitucionalmente definidas”. En consecuencia, se reservarán unas elecciones para una comunidad concreta si ningún candidato de ese grupo ha sido elegido Presidente en alguno de los cuatro períodos anteriores. El mecanismo de elección reservada define al pueblo malayo como una de las tres comunidades relevantes art. 19B (6)⁷. La legislación establece comités comunitarios facultados para certificar la pertenencia de los candidatos presidenciales a alguna de las comunidades definidas constitucionalmente (Ley de Elecciones Presidenciales de 1993). En la práctica, el mecanismo de elección reservada garantiza que una candidata o un candidato malayo sea Presidente al menos una vez cada 30 años (Yim, 2017, págs.1 y 2). En 2017, Halimah Yacob se convirtió en Presidenta en virtud del mecanismo de elección reservada, que exigía que solo pudieran postularse en esas elecciones personas malayas (Yong, 2016). El hecho de que Yacob fuera la única candidata que se presentó, ya que ninguna otra persona malaya cumplía con los demás requisitos, generó malestar entre ciertos sectores que catalogaron a las elecciones como antidemocráticas (Wong, 2017).

La Constitución de **Bolivia** aborda la representación de las personas indígenas en el Poder Ejecutivo en términos más generales. Exige que se respete “el carácter

plurinacional y la equidad de género en la composición del gabinete ministerial” (art. 172) y especifica que, con excepción de los cargos judiciales de elección popular, las candidatas y los candidatos a cargos públicos de elección popular serán propuestos por “las organizaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las agrupaciones ciudadanas y los partidos políticos, en igualdad de condiciones y de acuerdo con la ley” (art. 209). La Constitución de Ecuador de 2008 obliga al Estado a adoptar “medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados” (art. 65).

También existen mecanismos que permiten garantizar la representación de los pueblos indígenas en el Poder Judicial. La Constitución de Bolivia establece que el Tribunal Constitucional Plurinacional debe contar “con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino” (art. 197), y también estipula la representación indígena en los Tribunales Departamentales Electorales (art. 206). La Constitución de Sudáfrica exige que se tenga en cuenta la diversidad étnica en los nombramientos judiciales⁸, y la Constitución de Vanuatu garantiza la representación del Consejo de Jefes Malvatumauri (al que se hará referencia más adelante) en la Comisión de Servicios Judiciales, encargada del nombramiento de los magistrados (art. 48 (1)). Más ejemplos sobre este tipo de mecanismos pueden consultarse en la pregunta 16 de la IPCAT.

Otras instituciones gubernamentales también pueden incorporar a representantes indígenas. Por ejemplo, **Ecuador, India y Nepal** establecen cuotas para garantizar la representación indígena en la administración pública y el ejército (véase la pregunta 17 de la IPCAT). Del mismo modo, la Constitución de Zimbabwe exige que la Comisión de Género de ese país incluya a un miembro propuesto por el mencionado Consejo de Jefes Malvatumauri y nombrado por el Presidente (art. 245 (1) (ii)).

2.3. Órganos de representación y consulta de los pueblos indígenas

La práctica de reservar escaños legislativos y garantizar cargos ejecutivos para representantes indígenas conlleva una posible desventaja: que dichos representantes estén sujetos a la política partidaria, lo que podría atenuar su capacidad para defender los intereses indígenas de forma independiente y sólida.

A fin de facilitar la expresión significativa e independiente de las opiniones indígenas ante el Estado, algunos países recurren a órganos indígenas representativos, asesores y consultivos, de carácter más independiente y con un vínculo más externo respecto del gobierno y el Poder Legislativo. Estos órganos constituyen mecanismos consultivos independientes que tienen por objetivo representar las opiniones de los pueblos indígenas, dialogar con los poderes Legislativo y Ejecutivo, y asesorar e informar a dichos poderes sobre asuntos indígenas. Las instituciones indígenas nacionales de esta índole pueden contribuir

de forma significativa a unir a diferentes pueblos y grupos indígenas dentro de un país, y a conferirles una mayor incidencia a nivel nacional en los asuntos que les conciernen, siempre y cuando su estructura también permita que los diferentes grupos indígenas hagan valer sus puntos de vista únicos respecto de asuntos más locales. Estos órganos pueden establecerse como complemento o sustituto de los escaños reservados para personas indígenas, y de las cuotas establecidas para personas indígenas en determinados sectores e instituciones del Estado. Algunos países, como Nueva Zelanda, cuentan con escaños legislativos reservados y con un órgano nacional de representación y consulta indígena, mientras que otros, como Vanuatu, han establecido un órgano de representación de jefes tradicionales de carácter consultivo y no reservan escaños en sus órganos legislativos.

Algunos órganos de representación de los pueblos indígenas tienen un fundamento constitucional, mientras que otros son puramente fruto de la legislación. El rango constitucional puede ayudar a garantizar la duración, la estabilidad y la autoridad de la institución en cuestión, mientras que la flexibilidad que aporta la vía legislativa permite que la institución evolucione. En **Australia**, por ejemplo, quienes defienden a los pueblos indígenas piden que se consagre en la Constitución la “voz de las Primeras Naciones”, ya que los organismos indígenas del pasado instaurados por medio de una ley ordinaria fueron abolidos cuando se convirtieron en una incomodidad en términos políticos (Morris, 2015, 2018 y 2020). Aunque en algunos países los organismos indígenas legislados se han convertido en instituciones permanentes sin un respaldo constitucional específico, las constituciones de esos mismos países suelen contar con cláusulas que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación (por ejemplo, **Finlandia**, **Noruega** y **Suecia**). Otros países como **Nueva Zelanda** declaran tales principios en uno o múltiples tratados, lo que aporta autoridad constitucional y permanencia a los acuerdos institucionales indígenas que se derivan de dicho reconocimiento, y muestra cómo los mecanismos implementados para garantizar el reconocimiento constitucional indígena pueden complementarse.

En otros casos los organismos indígenas pueden ser entidades privadas. En **Australia**, el Congreso Nacional de los Primeros Pueblos de Australia, un organismo indígena que funcionó por poco tiempo, era una empresa privada. No existía ninguna herramienta jurídica que obligara al Gobierno a brindar apoyo al Congreso Nacional, ni ningún imperativo constitucional o legislativo que estableciera que dicho organismo debía asesorar al Parlamento o al Gobierno en materia de asuntos indígenas. El organismo, cuyos miembros se quejaban a menudo de la falta de compromiso de los dirigentes políticos (Henderson, 2016), desapareció finalmente en 2019 por falta de financiación (Morgan, 2019).

En **Canadá** la Asamblea de las Primeras Naciones es una asamblea deliberativa de carácter nacional que representa y promueve los derechos y los intereses de los pueblos indígenas de ese país. No se trata de un organismo legislado o

contemplado en la Constitución, aunque depende en gran medida de la financiación gubernamental (AFN, s. d.; *The Canadian Encyclopedia*, 2019). No obstante, la predisposición de la Asamblea de las Primeras Naciones a colaborar con el Estado parece haber reforzado su sentido de permanencia y su autoridad. La Asamblea abogó por el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y participó en las convenciones constitucionales que condujeron al reconocimiento, en la Constitución de Canadá, de los derechos de los pueblos aborígenes y de diversos tratados (sec. 35 (1)). Además, a diferencia de Australia, en Canadá la larga tradición del país en lo que respecta a la elaboración de tratados crea un sentido de relación entre las diversas naciones, que parece afianzar la función política de la Asamblea de las Primeras Naciones.

Así, a la hora de valorar diferentes opciones en lo que respecta a la creación de un órgano de representación y consulta de los pueblos indígenas, las personas encargadas de la reforma constitucional deberían considerar las siguientes cuestiones: ¿qué estructura debería adoptar este organismo y qué tipo de reconocimiento debería recibir por parte del Estado? ¿Dicho organismo debería estar consagrado en la Constitución, debería establecerse en la legislación ordinaria o debería instituirse de alguna otra manera? ¿Cómo deberían elegirse sus representantes? ¿Qué funciones debería desempeñar dicho organismo? Los ejemplos internacionales que se presentan a continuación pueden servir de inspiración.

Nueva Zelanda

Además de los escaños reservados a las personas maoríes, existe el Consejo Maorí de **Nueva Zelanda**, derivado del movimiento Kotahitanga y de los parlamentos maoríes del siglo XIX. La estructura no fue reconocida por la Corona hasta 1962, cuando las funciones y el propósito del Consejo Maorí se articularon en la legislación (Ley de Desarrollo de la Comunidad Maorí de 1962, sec. 18)⁹. El Consejo Maorí es un órgano de carácter consultivo facultado para ejercer funciones de representación ante el Gobierno sobre asuntos maoríes (Ley de Desarrollo de la Comunidad Maorí de 1962, art. 18). Entre sus funciones se incluyen la promoción del progreso social y económico del pueblo maorí, el fomento de relaciones interétnicas armoniosas, y la colaboración con diversos departamentos gubernamentales para abordar cuestiones relativas a la política maorí.

Las personas maoríes mayores de 20 años tienen derecho a votar en las elecciones del Comité Maorí, aunque no están obligadas a ello. Toda persona, maorí o no, puede presentarse a las elecciones si su residencia habitual se encuentra en la zona del Comité o si tiene un vínculo con el “marae”, que constituye una zona central de las comunidades maoríes (Ley de Desarrollo de la Comunidad Maorí de 1962, art. 19). Los distritos del Consejo Maorí, que pueden decretarse en cualquier momento mediante una resolución del Consejo

Maorí de Nueva Zelandia (Ley de Desarrollo de la Comunidad Maorí de 1962, art. 14), son distintos de los distritos electorales maoríes asociados a los escaños parlamentarios reservados para personas maoríes. Esta estructura representativa está liderada por un grupo más reducido de representantes electos.

El Consejo Maorí ha representado al pueblo maorí en las reclamaciones contra la Corona y ha constituido un importante medio de promoción de los intereses del pueblo maorí a nivel nacional (véase, por ejemplo, el caso del Consejo Maorí de Nueva Zelandia contra Fiscal General [1987] 1 NZLR 641). Aunque la institución no goza de respaldo constitucional —como se ha señalado anteriormente, Nueva Zelandia no dispone de una Constitución codificada—, se sustenta en los principios del Tratado de Waitangi, que se considera el documento fundacional de Nueva Zelandia. En 2014 el Tribunal de Waitangi respondió a una reclamación del Consejo Maorí en la que se afirmaba que una revisión de su ley constitutiva realizada anteriormente por el Gobierno no cumplía con los principios del Tratado (Comité de Asuntos Maoríes, 2010). En el informe del Tribunal de Waitangi se explicó que el Consejo Maorí nació de un pacto negociado entre el pueblo maorí y la Corona para formar una estructura institucional en pro de la autonomía, el autogobierno y la autodeterminación del pueblo maorí (Tribunal de Waitangi, 2014, pág. vi). Así, el Consejo Maorí es uno de los resultados institucionales derivados de las expectativas de empoderamiento del pueblo maorí, que a su vez se derivan del Tratado.

Los parlamentos samis

Finlandia, Noruega y Suecia albergan poblaciones indígenas samis minoritarias. Aunque no existen tratados históricos entre los gobiernos samis y los gobiernos escandinavos (Allard, 2018, págs. 25 y 27), los derechos de autodeterminación de los samis sí gozan de reconocimiento constitucional. La Ley Constitucional de 1999 de Finlandia reconoce y protege los derechos lingüísticos y culturales de los pueblos samis (art. 17) y establece que, en su región natal, dichos pueblos poseen autonomía sobre sus propias cuestiones lingüísticas y culturales (art. 121). La Constitución de **Noruega** de 1814 establece que las autoridades del Estado deben crear las condiciones que permitan al pueblo sami conservar y desarrollar su idioma, su cultura y su modo de vida (art. 108). El Instrumento de Gobierno de **Suecia** de 1974 insta a que se promuevan las oportunidades del pueblo sami y de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas para que puedan preservar y desarrollar una vida cultural y social propia (art. 2).

Estos principios de autodeterminación se expresan de forma práctica por medio de los parlamentos samis, que se establecieron en Finlandia, Noruega y Suecia en 1973, 1987 y 1992, respectivamente. Se trata de órganos legislados de representación y consulta que asesoran a los gobiernos de los Estados sobre asuntos que conciernen a los pueblos samis, como el idioma, la cultura y la tierra samis, así como sobre otros asuntos relativos a los pueblos indígenas¹⁰. Los

parlamentos samis pueden emitir recomendaciones no vinculantes sobre cuestiones samis, pero no cumplen funciones legislativas (Centro de Políticas Nórdicas, 2021).

En **Noruega** la Ley Sami de 1987 se promulgó, en correspondencia con la disposición constitucional, para permitir al pueblo sami de Noruega salvaguardar y desarrollar su idioma, su cultura y su modo de vida (sec. 1.1). La Ley estableció el Parlamento Sami de Noruega (el Sameting), cuya actividad se define, en términos generales, como cualquier asunto que según el Parlamento afecte particularmente al pueblo sami. La Ley también señala que el Sameting puede, por iniciativa propia, plantear cualquier asunto que pertenezca a su ámbito de actividad y pronunciarse al respecto (sec. 2.1). Sus funciones se han ampliado con el tiempo, y el Sameting ha asumido la responsabilidad administrativa de financiar actividades de promoción del idioma y actividades relacionadas con los asuntos culturales de los samis (Wilson y Selle, 2019, págs. 26 y 27). Así, la institución cumple una función representativa, consultiva y administrativa.

El Parlamento Sami de **Finlandia** también es un órgano consultivo electo, facultado para velar por el idioma y la cultura samis y ocuparse de los asuntos relacionados con su condición de pueblo indígena (Ley del Parlamento Sami de 1995, sec. 5 (1)). También puede asignar fondos estatales a los asuntos de los pueblos samis (Ley del Parlamento Sami de 1995, sec. 8). Del mismo modo, el Parlamento Sami de **Suecia** es una combinación entre un parlamento elegido por el pueblo y un organismo administrativo del Estado (Sametinget, s. d.). Según lo establecido en la Ley del Parlamento Sami de 1992, el Parlamento Sami de Suecia puede asignar fondos (sec. 1) y su Presidente es nombrado por el Gobierno (sec. 2), lo que ocasiona un “conflicto inherente” entre los deseos del pueblo sami de alcanzar una mayor independencia y el control del Gobierno sobre esta institución (Sametinget, s. d.).

Vanuatu

Los indígenas ni-vanuatu constituyen la inmensa mayoría de la población de **Vanuatu**: alrededor del 99 por ciento de la población de ese país es ni-vanuatu (Oficina Nacional de Estadísticas de Vanuatu, 2016, pág. 57). La Constitución de 1980 establece un régimen jurídico plural e híbrido basado en una estructura parlamentaria que sigue el sistema Westminster, pero también reconoce el derecho consuetudinario indígena¹¹ y otorga a los jefes indígenas un papel importante en la gobernanza de las costumbres (véanse especialmente el cap. 5 y las secs. 52 y 76). En 1976 se estableció por reglamento un Consejo Nacional de Jefes que surgió de raíces mixtas indígenas y coloniales (Miles, 1993, págs. 31 y 40). El Consejo de Jefes Malvatumauri obtuvo rango constitucional en 1980 (cap. 5). Ese reconocimiento constitucional se otorgó en parte como alternativa a la concesión de escaños reservados para los jefes tradicionales en el Parlamento, o a

la creación de una segunda cámara o cámara alta, propuestas que generaron una división considerable (Nimbtik, 2020, págs. 253 y 256).

La Constitución de Vanuatu establece que el Consejo de Jefes Malvatumauri goza de competencia general para debatir todos los asuntos relacionados con las tierras, las costumbres y las tradiciones, y puede emitir recomendaciones relativas a la preservación y la promoción de la cultura y los idiomas de los ni-vanuatu (sec. 30 (1)). También faculta al Parlamento a legislar sobre la organización del Consejo de Jefes Malvatumauri y en particular sobre el papel de los jefes en las aldeas, las islas y los distritos (sec. 31). La Constitución establece además que el Consejo de Jefes Malvatumauri estará compuesto por jefes consuetudinarios —lo que significa que los cargos se heredan a través de linajes consuetudinarios (Nimbtik, 2020, págs. 243, 257 y 258)—, que deben ser elegidos por sus pares en los Consejos de Jefes de Distrito (sec. 29 (1)), y faculta al Consejo de Jefes Malvatumauri para establecer su propio reglamento interno y elegir a su presidente (sec. 29 (2)). En virtud de la ley que crea el Consejo, sus representantes son elegidos cada cuatro años por el Consejo Insular de Jefes y el Consejo Urbano de Jefes (Ley del Consejo Nacional de Jefes Malvatumauri de 2006, sec. 5). La dependencia respecto de un gobierno hereditario y la limitada participación popular merman la legitimidad democrática de la institución (Nimbtik, 2020, págs. 257 y 259). No obstante, un experto describe al Consejo de Jefes Malvatumauri como una de las pocas instituciones de Vanuatu que conecta a las personas de zonas rurales y remotas con la estructura nacional, y que facilita un diálogo constructivo entre los líderes tradicionales y las instituciones modernas del Estado (Nimbtik, 2016, págs. 207 y 217).

Ejemplos en África

En **Sudáfrica** el pueblo indígena khoisan constituye una pequeña minoría que conforma un 1 por ciento de la población (IWGIA, 2020), todavía carece de reconocimiento oficial y adolece de una voz política silenciada (Comisión Sudafricana de Derechos Humanos, 2018, pág. 91). No obstante, la Constitución de Sudáfrica reconoce a los pueblos indígenas¹², y el pueblo khoisan ha logrado gradualmente estar representado gracias a su inclusión en instituciones tradicionales más generales¹³.

La Constitución de Sudáfrica reconoce a las instituciones de líderes tradicionales en el marco del derecho consuetudinario (sujeto a la declaración de derechos)¹⁴. El artículo 212 de la Constitución establece que la legislación nacional o provincial puede contemplar el establecimiento de cámaras de líderes tradicionales y que la legislación nacional puede establecer un consejo de líderes tradicionales. En las disposiciones se utiliza un lenguaje discrecional: se dice “puede” en lugar de “debe”. No obstante, a pesar de la ausencia de una imposición constitucional, se creó una Cámara Nacional de Líderes Tradicionales mediante la Ley del Consejo Nacional de Líderes Tradicionales núm. 10 de

1997¹⁵, con vistas a armonizar las relaciones entre las autoridades tradicionales y las estructuras modernas de gobierno (Mashumba y Affa'a Mindzie, 2009, pág. 23). También se crearon cámaras provinciales de líderes tradicionales en las seis provincias que cuentan con este tipo de líderes¹⁶ con el objeto de mejorar las relaciones de cooperación en el seno de los gobiernos nacional y provinciales (Gobierno de Sudáfrica, s. d.).

La Ley de 1997 establecía que la Cámara Nacional de Líderes Tradicionales podía asesorar al Gobierno nacional y emitir recomendaciones sobre asuntos relacionados con el liderazgo tradicional, el papel de los líderes tradicionales y el derecho consuetudinario (Ley del Consejo Nacional de Líderes Tradicionales de 1997, sec. 7 (2)). En 2009 la reforma amplió y concretó las funciones de la Cámara Nacional a fin de incluir la cooperación con las cámaras provinciales para promover el liderazgo tradicional dentro de los parámetros constitucionales, así como la construcción de la nación; la preservación de la moral y la regeneración de la sociedad, y el desarrollo socioeconómico y la prestación de servicios, entre otros objetivos (Ley del Consejo Nacional de Líderes Tradicionales de 2009, sec. 11 (1) (a)).

Mediante las sucesivas reformas se ha procurado actualizar los procesos de selección hereditaria (República de Sudáfrica, 2003, págs. 11 y 26). Las reformas también exigen una mayor igualdad de género y elecciones comunitarias a la hora de elegir a los miembros de los consejos tradicionales. La Ley de Liderazgo Tradicional y Khoisan de 2019 confiere al pueblo khoisan un reconocimiento específico y establece para dicho pueblo una representación institucional¹⁷, aunque también reitera las disposiciones que piden a los líderes tradicionales que concilien sus costumbres con los derechos constitucionales. La Ley reitera además el requisito de que un tercio de quienes dirigen el Consejo tradicional sean mujeres y establece que el 40 por ciento de los líderes deben ser elegidos por la comunidad (secs. 16 (2) (b) y 16 (2) (c) (ii); véase también Baloyi, 2019). Es preciso investigar con más detalle los niveles de cumplimiento de estos requisitos legislativos reiterados.

La Constitución de **Zimbabwe** también reconoce a los líderes tradicionales (cap. 15). Entre las funciones que les corresponden se encuentran la defensa de la cultura y de sólidos valores familiares; la preservación de las tradiciones, la historia y el patrimonio de sus comunidades; la promoción del desarrollo, y la facilitación de la resolución de los conflictos comunitarios de acuerdo con el derecho consuetudinario (art. 282 (1)). La Constitución estipula normas para el nombramiento y la destitución de los líderes tradicionales (art. 283), así como mecanismos para determinar su remuneración (art. 284). También establece un Consejo Nacional y asambleas provinciales de jefes (art. 285) encargadas de promover la cultura y las tradiciones de Zimbabwe, representar las opiniones de los líderes tradicionales, definir y hacer cumplir una conducta correcta y ética, y facilitar la resolución de conflictos (art. 286).

Singapur

Mientras que los países mencionados anteriormente promueven que los organismos que representan el liderazgo indígena o tradicional colaboren con el Estado en cuestiones relativas a las costumbres, la cultura, la tradición, los idiomas, las tierras y el desarrollo socioeconómico de los pueblos indígenas, una institución análoga de **Singapur** brinda asesoramiento sobre asuntos equivalentes relacionados con el islam. Como se mencionó anteriormente, la Constitución de Singapur reconoce a las personas malayas como el pueblo indígena de Singapur (art. 152). Dado que la gran mayoría de las personas malayas son musulmanas (Kadir, 2010, págs. 156 y 158), en Singapur el reconocimiento constitucional de la población indígena guarda una estrecha relación con el reconocimiento religioso, y el islam ha quedado firmemente asociado a la identidad malaya (Lim, 2004, págs. 117 y 122). En lugar de reconocer el derecho consuetudinario, la Constitución de Singapur reconoce la ley musulmana acerca del estatuto de la persona. El artículo 153 de la Constitución requiere la creación de un órgano consultivo musulmán: establece que el Poder Legislativo contemplará en la ley la regulación de los asuntos religiosos musulmanes y la constitución de un Consejo que asesore al Presidente sobre las cuestiones relacionadas con la religión musulmana.

La Ley de Administración del Estatuto Musulmán de 1968 establece el Majlis Ugama Islam Singapura (MUIS, Consejo Religioso Islámico de Singapur) y define sus competencias. Además de asesorar al Presidente sobre cuestiones relativas a la religión musulmana (sección 3 (2)), el MUIS gestiona las mezquitas y las escuelas musulmanas (sección 3 (2) (e)) y se encarga de administrar los bienes de las personas musulmanas fallecidas (sección 5 (3)). Además, el MUIS ha facilitado la revitalización religiosa y cultural (Kadir, 2010, págs. 156, 161 y 164), sobre todo a través de la supervisión del crecimiento de las mezquitas (Kadir, 2010, pág. 165). También brinda asesoramiento sobre los nombramientos de la Junta de Apelación, encargada de aplicar la ley musulmana acerca del estatuto de la persona.

La Ley de Administración del Estatuto Musulmán establece que el Presidente de Singapur debe designar al muftí y al Presidente del MUIS (sec. 7 (1) (a)); a otros siete miembros, con el asesoramiento del ministro pertinente (sec. 7 (1) (d)), y a siete miembros más de una lista de candidatos elegidos por las sociedades musulmanas estipuladas (sec. 7 (2)). Este enfoque demuestra el estricto control gubernamental respecto de la composición del MUIS, que solo permite una participación mínima y restringida de la comunidad musulmana. El MUIS no constituye una voz musulmana-malaya independiente (Rahim, 2012, págs. 169 y 173), sino que representa a una élite musulmana avalada por el Gobierno que gestiona los asuntos de la población musulmana (Noor Aisha Abdul Rahman, 2019, págs. 1079, 1081 y 1090). No obstante, pese a la evidente asimetría de

poder, según advierte un experto en la materia, la cooptación por parte del Estado conlleva ciertos beneficios, como el financiamiento público garantizado y el acceso a esferas de auténtica influencia (Abdullah, 2013, págs. 1182, 1200 y 1201).

Si bien en varios de los organismos indígenas examinados anteriormente las funciones consultiva y representativa se combinan con la administrativa, es preciso distinguir entre las instituciones que representan de manera genuina y firme las opiniones de los pueblos indígenas y las instituciones estatales que fundamentalmente supervisan, controlan y administran los asuntos de estas poblaciones. Como se explica en la pregunta 14 de la IPCAT, los organismos de este último tipo por lo general están compuestos por miembros designados por el Estado, y no por representantes elegidos por los pueblos indígenas. La IPCAT refiere a estas instituciones gubernamentales en la pregunta 27. Esta distinción permite resaltar la importancia que conlleva el hecho de que los pueblos indígenas elijan a sus representantes para garantizar el carácter genuino de la representación, la participación y las consultas.

2.4. El deber de consultar a los pueblos indígenas sobre asuntos de su interés

Como se indicó anteriormente, Chile ha ratificado el Convenio núm. 169 de la OIT. Por tanto, la participación y la consulta de los pueblos indígenas con respecto a las decisiones del Estado sobre cuestiones que les atañen deberían ser obligatorias. Sin embargo, cabe preguntarse de qué forma puede cumplirse con este requisito desde el punto de vista jurídico y político. Como se explica en la pregunta 13 de la IPCAT, el derecho a la consulta se puede proteger y poner en práctica de diversas maneras. El deber de consultar puede establecerse explícitamente en la Constitución, en la legislación, en los acuerdos entre los pueblos indígenas y el Estado, o en todos esos instrumentos. La Constitución también podría reconocer y empoderar a las instituciones tradicionales o a otras estructuras indígenas, y requerir que el Estado consulte con esas instituciones los asuntos pertinentes. La Constitución puede exigir, además, el establecimiento de estructuras nuevas o agregadas, como un órgano nacional indígena de representación y consulta. Como alternativa, las constituciones pueden establecer una serie de principios y derechos generales que conecten, enmarquen y contextualicen los acuerdos institucionales legislados que permiten y requieren consultar a los pueblos indígenas.

Es recomendable que, al evaluar las diferentes opciones, las personas encargadas de la reforma constitucional de Chile consideren las siguientes cuestiones:

- ¿Cómo funcionan las actuales obligaciones de consulta y cómo se pueden mejorar?

- ¿En qué instrumentos (Constitución, leyes, tratados u otros) debería articularse la obligación de consulta y qué mecanismos institucionales es necesario establecer para implementar la consulta en la práctica?
- ¿Cuál debería ser el alcance de la obligación de consulta y cómo se resolverán los conflictos relacionados con dicha obligación?
- ¿Cómo se va a garantizar el deber de consulta? ¿Garantizar el cumplimiento de dicha obligación será competencia de los tribunales, de los poderes políticos, de ambos o de algún otro mecanismo?

Los ejemplos internacionales presentados a continuación podrían contribuir a generar ideas útiles para guiar el proceso de reforma.

Los parlamentos samis

En **Noruega** el deber de consulta se formuló políticamente por medio de un acuerdo entre el pueblo sami y el Estado. En 2005 el Gobierno y el Sameting firmaron un Acuerdo de Consulta que contempla la participación del pueblo sami en los procesos de elaboración de las leyes y las políticas que lo afectan (Gobierno de Noruega, 2018). Al definir su ámbito de aplicación, dicho acuerdo especifica que los procedimientos de consulta se aplican en los asuntos que pueden afectar directamente a los intereses del pueblo sami, entre los que se incluyen leyes, normas, decisiones administrativas específicas o individuales, directrices, medidas y decisiones. En el Acuerdo se enumera una larga lista de asuntos que pueden estar sujetos a la obligación de consulta, como, por ejemplo, todas las formas materiales e inmateriales de la cultura sami, que comprenden la música, el teatro, la literatura, el arte, los medios de comunicación, el idioma, la religión, el patrimonio cultural, los derechos de propiedad inmateriales, los conocimientos tradicionales, los topónimos, la salud, el bienestar social, las guarderías, la educación, la investigación o los derechos de propiedad de la tierra (art. 2). El Acuerdo también especifica que el Sameting puede determinar de manera independiente los asuntos que, a su parecer, deben ser objeto de consultas (art. 6), y detalla las expectativas con relación a la celebración de reuniones periódicas (art. 5), la notificación temprana de políticas o decisiones que pueden afectar al pueblo sami, y la colaboración de buena fe con el objeto de lograr un acuerdo sobre las medidas propuestas (art. 6). Este acuerdo, que representa un compromiso constructivo con los procedimientos en favor de la asociación entre el pueblo sami y el Estado (Broderstad, 2011, págs. 893 y 902; Wilson y Selle, 2019, pág. 29), ha convertido en una práctica habitual a la consulta del pueblo sami respecto de la elaboración de la legislación que afecta sus intereses (Broderstad, 2014), lo que le ha proporcionado a dicho pueblo una influencia sustancial en los procesos legislativos¹⁸.

En **Finlandia** la sección 37 del Reglamento del Parlamento finlandés estipula que, cuando un comité legislativo examine una propuesta legislativa u otro asunto que afecte específicamente al pueblo sami, el comité reservará a los representantes del pueblo sami la oportunidad de ser escuchados, a menos que haya razones especiales para no hacerlo. Además, la legislación por la que se establece el Parlamento Sami define los asuntos que conllevan la obligación de negociar, la cual se define como consulta y supone para los representantes del pueblo sami la oportunidad de ser escuchados y discutir diversos asuntos¹⁹. Requieren negociación todas las medidas importantes y de gran alcance que puedan afectar de forma directa y específica a la condición del pueblo sami como pueblo indígena, y que estén relacionadas con los siguientes asuntos, que se enumeran en la legislación: la planificación comunitaria; la gestión, el uso, el arrendamiento y la asignación de tierras del Estado, zonas de conservación y zonas silvestres, y cualquier otro asunto que afecte al idioma y la cultura del pueblo sami, o a su condición como pueblo indígena (Ley del Parlamento Sami de 1995, sec. 9). La obligación se limita territorialmente a la patria del pueblo sami y se circunscribe a la interacción con el Parlamento Sami. No obstante, hay activistas samis que defienden la ampliación del ámbito de aplicación de la obligación (Allard, 2018, págs. 25, 31 y 33). De acuerdo con la opinión de una experta en la materia, la obligación de consulta de Finlandia no funciona de manera adecuada en la práctica, ya que no se han establecido “estructuras formales integrales de importancia entre el Parlamento [Sami] y el Gobierno finlandés para velar por el cumplimiento de la intención legislativa respecto de la influencia [sami]” (Josefsen, 2010, pág. 8).

Canadá

En **Canadá** la obligación de consulta surgió como resultado de una interpretación judicial de la sección 35 (1) de la Constitución, donde se establece que se reconocen y se afirman los derechos existentes —ancestrales o concedidos en virtud de diversos tratados— de los pueblos aborígenes del país. La redacción general y ambigua de la disposición ha ocasionado desacuerdos continuos sobre el significado de esa sección. Antes de ser derogada, la sección 37 exigía convocar una conferencia constitucional con los representantes de los pueblos aborígenes a fin de determinar la interpretación de los derechos aborígenes protegidos (Palmer, 2006, págs. 1 y 24). Así, se celebraron una serie de conferencias²⁰ que no consiguieron resolver de manera concluyente las ambigüedades. Aunque muchas personas aborígenes consideraron que la sección 35 englobaba los derechos de autogobierno (McNeil, 1994, págs. 113 y 126; Macklem, 1991, pág. 382), el Gobierno interpretó que cualquier autogobierno dependía de los acuerdos negociados con el Estado (Parlamento de Canadá, 1983, pág. 44; Palmer, 2006, págs. 1 y 24). Finalmente, la interpretación del significado de la sección 35 se dejó en manos de los tribunales (McNeil y Yarrow, 2007, págs. 177 y 178).

Las interpretaciones judiciales han tendido a limitar la protección constitucional otorgada a los derechos aborígenes y a los derechos derivados de diversos tratados. No hay ninguna indicación textual expresa que establezca que la sección 35 de la Constitución está restringida por el mecanismo de compensación de la sección 1 de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá, en virtud del cual los derechos que se contemplan en la Carta están sujetos a “límites razonables”. La sección 35 de la Constitución no forma parte de la Carta y la sección 25 establece que los derechos y las libertades de la Carta no pueden interpretarse de un modo que suponga la anulación o la derogación de los derechos de las personas aborígenes. Estas disposiciones requieren que sea más firme la protección constitucional otorgada a los derechos de los pueblos aborígenes y a los derechos concedidos en virtud de diversos tratados. No obstante, al interpretar la sección 35 los tribunales han adoptado mecanismos de compensación similares al de la sección 1 (*R. vs. Sparrow* 1990 CanLII 104 (SCC), [1990] 1 SCR 1075, 1108-1109). Esto significa que la protección concedida no es absoluta, y que los derechos que figuran en la sección 35 pueden ser vulnerados por la vía legislativa (*R. vs. Sparrow* 1990 CanLII 104 (SCC), [1990] 1 SCR 1075, 1119). Al analizar un caso de vulneración de derechos, un factor importante es determinar si la acción que vulneró los derechos fue objeto de consulta con los grupos aborígenes afectados (*R. vs. Sparrow* 1990 CanLII 104 (SCC), [1990] 1 SCR 1075, 1119). Por tanto, la obligación de consulta canadiense ayuda a los tribunales a determinar si puede estar justificada la vulneración de los derechos concedidos en virtud de la sección 35.

La obligación de consulta se ha plasmado en varios casos²¹. La incorporación de la ideas del “honor de la Corona” se ha convertido en una parte importante de la relación entre los pueblos indígenas y la Corona. No obstante, la interpretación que realizan los tribunales de la naturaleza de la obligación puede generar incertidumbre. Por ejemplo, aunque sea posible anular la decisión de un ministro por no haber llevado a cabo las consultas apropiadas²², los tribunales han estimado que la obligación no se aplica a los procesos legislativos. En el caso *Mikisew Cree* de 2018 se dictaminó por mayoría que la obligación de consulta solo se aplicaba a la acción ejecutiva, y, como la elaboración de leyes por parte de los ministros forma parte del proceso legislativo, se halla en general protegida frente a la supervisión judicial. Por tanto, el Tribunal Supremo rehusó aplicar la obligación de consulta a las propuestas de ley que afectan los derechos aborígenes porque ello requeriría una injerencia indebida de los tribunales en el dominio del Poder Legislativo (*Primera Nación Mikisew Cree vs. Canadá* 2018 SCC 40 (CanLII), [2018] 2 SCR 765 [50]). En consecuencia, pese al aparentemente firme reconocimiento constitucional de los derechos aborígenes y de los derechos concedidos en virtud de diversos tratados conforme a la sección 35, esos derechos aún pueden ser vulnerados por la legislación, y la obligación de consultar afirmada

por los tribunales no requiere consultar sobre la elaboración de leyes que podrían vulnerar esos derechos.

Esto demuestra que la redacción en términos generales de las garantías de derechos constitucionales no siempre conlleva los sólidos resultados que los defensores de los pueblos indígenas podrían esperar. Para lograr que exista una obligación de consulta, podría ser mejor detallarla claramente en el texto de la Constitución y ponerla en práctica mediante iniciativas políticas y acuerdos institucionales específicos²³. En 2017 el Gobierno de Canadá suscribió mecanismos bilaterales con la Asamblea de las Primeras Naciones y otros grupos indígenas con el fin de establecer formas de colaboración, entre las que se encuentra la elaboración conjunta de políticas (Gobierno de Canadá, s. d.).

Vanuatu

La Constitución de **Vanuatu** requiere explícitamente que se consulte al Consejo de Jefes Malvatumauri sobre los asuntos relevantes, entre los que se incluyen las propuestas de ley. Según lo estipulado inicialmente en la sección 30 (2), se puede consultar con el Consejo cualquier cuestión —en particular si está relacionada con tierras, tradiciones y costumbres— relativa a los proyectos de ley presentados ante el Parlamento.

Esta disposición concedió al Estado la facultad discrecional de consultar al Consejo de Jefes Malvatumauri, pero no estableció una obligación. Posteriormente los Jefes expresaron su frustración porque el marco jurídico no les confería el poder suficiente para “solucionar” los diversos problemas a los que se enfrentaban (Forsyth, 2009). En 2013, en respuesta a la labor de promoción del Consejo (Nimbrik, 2016, págs. 108 y 109), el Parlamento enmendó la sección 30 (2), y cambió el término “puede” por el término “debe” (Ley Constitucional de 2013, sexta enmienda de la Constitución), de modo que quedó establecido que se debe consultar al Consejo respecto de cualquier cuestión relacionada con los proyectos de ley presentados ante el Parlamento, y en particular con relación a las tradiciones y las costumbres.

La obligación del Parlamento de consultar al Consejo de Jefes Malvatumauri respecto de los asuntos relacionados con las tierras se refleja también en la sección 76, que establece que el Parlamento, tras consultar con el Consejo, podrá disponer la aplicación de los artículos 73, 74 y 75 en una ley nacional sobre tierras, y podrá adoptar disposiciones distintas para las diferentes categorías de tierras, entre las que figurarán las tierras urbanas²⁴.

Estas disposiciones garantizan constitucionalmente el papel consultivo del Consejo de Jefes Malvatumauri en la elaboración de las leyes relativas a los asuntos tradicionales. No obstante, según la opinión expresada por una experta en la materia en un trabajo publicado en 2009, el papel del Consejo a la hora de asesorar sobre los proyectos de ley fue limitado, y pocos proyectos de ley fueron compartidos con el Consejo para que este aportara sus comentarios (Forsyth,

2009, pág. 62). No está claro si la enmienda de 2013, cuyo propósito era reforzar la disposición a través de un imperativo constitucional, ha mejorado la situación de la consulta sobre los proyectos de ley relevantes.

En 2018 Campaign for Justice [Campaña por la Justicia] expresó preocupación por el hecho de que el Consejo de Jefes Malvatumauri no podía cumplir sus funciones esenciales, ya que en ese momento era inexistente (*Daily Post*, 2018). Esto demuestra que, independientemente de su rango constitucional y de que se utilicen los términos “puede” o “debe” en el texto de la Constitución, ninguna institución puede funcionar adecuadamente sin la necesaria voluntad política. Para cumplir con sus funciones constitucionales toda institución debe actuar eficazmente, y ello requiere que el Gobierno y los representantes de la institución sean proactivos y se comprometan a respetar los imperativos constitucionales.

Pese a sus limitaciones, el Consejo de Jefes Malvatumauri trabajó en favor de ampliar sus competencias y de lograr el reconocimiento del derecho consuetudinario incluso antes de la enmienda de 2013. Una intensa labor de negociación y numerosas concesiones dieron lugar a la Ley del Consejo de Jefes Malvatumauri de 2006 y a la reforma constitucional de 2013, lo que evidenció la influencia del Consejo en la reforma legislativa y constitucional. La legislación le otorgó a dicha institución el papel de liderar el desarrollo económico y social sostenible, por lo que se ampliaron sus funciones constitucionales²⁵. La colaboración en el proyecto de ley sobre conocimientos tradicionales y expresión cultural tradicional constituye otro ejemplo de una experiencia de consulta (McDonnell, 2014; Xinhuanet, 2019; Cullwick, 2016). No obstante, según expertos en la materia, la consulta tiene todavía un carácter *ad hoc* y es preciso seguir investigando su repercusión.

Sudáfrica

Las funciones consultivas de las instituciones de líderes tradicionales reconocidas constitucionalmente en **Sudáfrica** también han evolucionado con el tiempo. En una publicación de 2003 se contemplaba la idea de que los líderes tradicionales debían desempeñar un papel significativo en los procesos legislativos y en otros asuntos relacionados con la tradición y la cultura (República de Sudáfrica, 2003, pág. 71). La expresión “puede” usada en la Ley de 1997 se reforzó con el uso del término “debe” y se estableció que, antes de ser aprobado por la correspondiente cámara del Parlamento, todo proyecto de ley parlamentario relativo al derecho consuetudinario o a las costumbres de las comunidades tradicionales debería ser remitido por el Secretario del Parlamento a la Cámara Nacional de Líderes Tradicionales para que esta formulase comentarios (Ley Marco de Gobernanza y Líderes Tradicionales de 2003, sec. 18). De este modo se estableció el deber de obtener la opinión de los líderes tradicionales sobre las propuestas de ley relativas a asuntos tradicionales, aunque la obligación de consulta se plasmó a través de medidas legislativas, en lugar de establecerse en la Constitución.

No está claro el grado de cumplimiento de este requisito. En 2020 el Presidente volvió a remitir al Parlamento el proyecto de ley por el que se modifica la Ley de Bebidas Alcohólicas, alegando que se debería haber consultado a los líderes tradicionales conforme a la legislación de 2003 (Felix, 2020)²⁶. Si bien esto demuestra que los dirigentes políticos tienen en cuenta la obligación de consultar, también revela que inicialmente no se realizó la consulta.

Ejemplos en América Latina

El artículo 330 de la Constitución de **Colombia** establece que, en relación con las decisiones sobre la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, “el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”. Este principio ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional, que especificó con más detalles los requisitos de procedimiento que constituyen una consulta efectiva²⁷. Así, una consulta efectiva requiere que se informe por adelantado a las comunidades sobre el proyecto extractivo, y que las autoridades promuevan la participación de los pueblos indígenas con el propósito de alcanzar un acuerdo (Iseli, 2020, págs. 259 y 266-268). En este caso, a diferencia del caso de Canadá, el Tribunal Constitucional también consideró que se requiere una consulta previa sobre las medidas legislativas que afectan directamente a las comunidades indígenas (Sentencia C-187/11). En 2009 se declaró inconstitucional un proyecto de ley debido a la omisión de la consulta previa con las comunidades indígenas afectadas, aunque el proyecto de ley conllevara beneficios para esas comunidades (Sentencia C-615/09, 19; Newman y Pineda, 2016, págs. 29 y 31).

La Constitución de **Bolivia** estipula el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados “mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles”, y ordena “la consulta previa obligatoria” respecto de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas (art. 30 (II) (15)). Esto constituye una obligación política también sujeta a revisión judicial (véase, por ejemplo, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 del 18 de junio de 2012; DPLF, 2015). De manera similar, la Constitución de **Ecuador** reconoce el derecho de los pueblos indígenas a “la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable” sobre los planes de explotación de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras cuando sea probable que los afecten ambiental o culturalmente, así como su derecho a “participar en los beneficios que esos proyectos reporten” y a recibir indemnizaciones por los perjuicios ocasionados (art. 57 (7)). **Perú** ha establecido una obligación de consulta similar para los proyectos que afectan a las comunidades y las tierras indígenas²⁸, que se ha complementado con decisiones judiciales que aplican y articulan los detalles de la obligación (véanse, por ejemplo, los casos 03343-2007-AA y 05427-2009-AC).

La cuestión del ámbito de aplicación, o de cuándo se debe cumplir la obligación de consulta, puede resultar controvertida. Por ejemplo, en la Ley de Minería y Metalurgia de **Bolivia** de 2014 se excluyeron algunas operaciones mineras de la obligación de consulta previa (Ley de Minería y Metalurgia núm. 535 del 28 de mayo de 2014, art. 207 (II)). La elusión política de la obligación queda patente también en **Colombia**, donde, como se explica en una publicación de la Fundación para el Debido Proceso, la aplicación restrictiva del alcance de la obligación ha permitido que algunos proyectos que afectan a los pueblos indígenas sigan adelante sin consulta, pese a que la Corte Constitucional ha adoptado una definición amplia del concepto de “afectación directa”. Además, la falta de procedimientos eficientes para determinar de forma oportuna las medidas que afectan directamente a los pueblos indígenas puede generar vacíos que facilitan la elusión de la obligación de consulta (DPLF, 2015).

Esto pone de manifiesto que los detalles de la aplicación serán fundamentales para garantizar el funcionamiento justo de la consulta en la práctica. Será crucial definir minuciosamente el alcance de la obligación para que todas las partes entiendan cuáles son los procesos mediante los cuales se decide cuándo se aplica la obligación. Es importante, además, entender cuál es la manera de consultar a los pueblos indígenas de una forma justa. En América Latina los resultados de diversas investigaciones indican que algunas consultas realizadas a pueblos indígenas se han visto socavadas por los desequilibrios de poder, la falta de control indígena en los procesos de consulta o la falta de capacidades, lo que ha conducido a una defensa y una articulación escasas del punto de vista de los pueblos indígenas, y ha generado barreras de comunicación (Flemmer y Schilling-Vacaflor, 2016). Si se lleva a cabo de manera incorrecta, la consulta puede crear divisiones y conflictos en las comunidades indígenas, sobre todo cuando se emplean tácticas del tipo “divide y reinarás” con el propósito de facilitar la explotación de dichas comunidades (Schilling-Vacaflor y Eichler, 2017). Tales riesgos deben gestionarse de manera adecuada para garantizar una consulta eficaz y justa.

2.5. Tratados y acuerdos

Los tratados entre los pueblos indígenas y los poderes coloniales permiten articular las condiciones de las futuras relaciones entre las partes²⁹. Dichos tratados pueden contemplar los derechos, las obligaciones y los compromisos mutuos, y pueden definir los principios acordados —como los de autodeterminación—, que allanan el camino para la representación de los pueblos indígenas en las instituciones estatales y para el establecimiento de acuerdos de representación y consulta de los pueblos indígenas.

Si bien los tratados son acuerdos políticos importantes, también están sujetos a los vaivenes de la política y el poder. Históricamente los tratados se han celebrado

en contextos caracterizados por profundos desequilibrios de poder. En muchos casos, las fuerzas colonizadoras, más poderosas, incumplían posteriormente con las obligaciones derivadas de los tratados, y los pueblos indígenas contaban con escasos recursos para hacer que los Estados colonizadores rindieran cuentas. No obstante, conforme la política y las actitudes sociales cambian, los tratados pueden constituir herramientas políticas y morales útiles a la hora de presionar a un Estado para que respete las promesas formuladas en el pasado. Además, los mecanismos utilizados para la elaboración de los tratados contemporáneos podrían ayudar a restablecer, reformar y revitalizar las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados dominantes.

Nueva Zelanda

El Tratado de Waitangi, celebrado en 1840 entre 540 jefes maoríes y la Corona británica, se considera el documento fundacional de **Nueva Zelanda**. El artículo 1 declara que los jefes indígenas ceden su soberanía a la Corona británica, aunque su interpretación es controvertida, ya que el texto maorí emplea un concepto que difiere del concepto inglés de soberanía³⁰. El artículo 2, que garantiza los derechos de propiedad maoríes, se ha interpretado también como la concesión a las personas maoríes del derecho a vivir como maoríes o del derecho a la autodeterminación. El artículo 3 concede al pueblo maorí la protección de la Corona y le otorga todos los derechos y privilegios de los súbditos británicos. Esto les garantiza a las personas maoríes la ciudadanía en igualdad de condiciones, pero también podría establecer un deber de protección por el que se supone que la Corona debe actuar en defensa de los intereses del pueblo maorí (Consejo Maorí de Nueva Zelanda contra Fiscal General [1987] 1 NZLR 641, 705).

Los tribunales coloniales declararon al Tratado jurídicamente nulo debido a puntos de vista racialmente discriminatorios. En el caso *Wi Parata* de 1877 se calificaba a los maoríes como bárbaros primitivos y se dictaminaba que las tribus maoríes eran incapaces de cumplir las obligaciones, y, por tanto, de adquirir los derechos de una comunidad civilizada (*Wi Parata vs. Obispo de Wellington* [1877] 3 NZ Jur. [NS] 72 [SC], 77 y 78). En 1941 el Consejo Privado de Londres, siguiendo la dirección marcada por los tribunales de Nueva Zelanda, declaró que el Tratado (como otros tratados internacionales) no era aplicable a menos que se incorporara a la legislación (*Hoani Te Heuheu Tukino vs. Aotea Dist Māori Land Bd* [1941] AC 308 [PC]). Este principio, todavía vigente en la actualidad, supone que el ejercicio de los derechos que emanan del Tratado depende de la voluntad política, y que tales derechos pueden ser vulnerados por la vía política.

Por otra parte, la incorporación del Tratado a la legislación no ha sido siempre un objetivo del pueblo maorí. Los defensores de este pueblo eligieron no incluir los principios del Tratado en la Carta de Derechos de Nueva Zelanda de 1990 porque temían que ello condujera a la reducción y el debilitamiento de sus

derechos (Keith, 2013, pág. 12; McHugh, 2008, pág. 67). Algunas personas consideran que la incorporación del Tratado a la legislación podría disminuir su rango y conducir a que un poderoso símbolo normativo con legitimidad moral se convierta en un mero instrumento jurídico que podría ser modificado. Como explica un experto, si el Tratado se encuentra al margen de la legislación, su poder moral y normativo puede permanecer intacto, como un punto de referencia para la agitación política. Si pasa a ser parte de la legislación, se convierte en un instrumento del sistema jurídico que podría ser manipulado por abogados y jueces (Palmer, 2006, pág. 31).

Con el tiempo el Tratado ha adquirido fuerza simbólica, política y moral. Sobre la base de sus principios se han establecido acuerdos institucionales como el Consejo Maorí, la Comisión del Idioma Maorí y —cabría argumentar— también los escaños parlamentarios reservados para personas maoríes.

El Tratado también ha dado lugar a procesos contemporáneos de solución de controversias relacionadas con algunas de las cuestiones que dicho instrumento contempla. De acuerdo con la Ley del Tratado de Waitangi de 1975, el Tribunal de Waitangi (compuesto por expertos maoríes y no maoríes) escucha y propone resoluciones para abordar las infracciones del Tratado que, a continuación, pueden servir de base para negociaciones directas entre el pueblo maorí y el Gobierno. En general las recomendaciones del Tribunal no tienen un carácter vinculante, pero sí tienen peso político y moral. Las soluciones pueden implicar compensaciones de carácter financiero y cultural, el reconocimiento de los perjuicios pasados, o la presentación de disculpas oficiales por las infracciones cometidas.

Los acuerdos representan un proceso activo en pos del reconocimiento maorí, la búsqueda de la verdad histórica y la reconciliación, y han permitido alcanzar resultados prácticos importantes. Por ejemplo, el Acuerdo de Waikato-Tainui resolvió decenios de lucha histórica y permitió superar intentos infructuosos de lograr una negociación justa. El Acuerdo incluía compensaciones en tierras y en efectivo. La Reina Isabel II firmó personalmente el Acta del Acuerdo en relación con las Reclamaciones de Waikato Raupatu de 1995 y presentó las disculpas de la Corona (Hill, 2012). De manera similar, en la reclamación maorí Te Reo se argumentaba que el idioma maorí era un “tesoro cultural” protegido en virtud del Tratado, y en 1987 el Tribunal recomendó que el Gobierno reconociera el *te reo* maorí como idioma oficial. Esto propició que el Gobierno tomara medidas: mediante la Ley del Idioma Maorí de 1987 el maorí fue reconocido como un idioma oficial (sec. 3) y se estableció la Comisión del Idioma Maorí (sec. 6)³¹.

Otros ejemplos

La negociación de tratados entre los pueblos indígenas y los primeros colonos de **Estados Unidos** era una práctica habitual. Los tribunales consideraron que dichos tratados podían contribuir a establecer una “soberanía nacional dependiente” para

las tribus indígenas de Estados Unidos, que permitiría incorporar esferas de autonomía que, con el tiempo, facilitaron el aumento de la autoridad de los pueblos indígenas sobre sus propios asuntos (Nación Cherokee vs. estado de Georgia, 30 US [5 Pet] 1 [1831]). No obstante, los pueblos indígenas tuvieron que luchar por el reconocimiento jurídico de sus derechos en virtud de los tratados, ya que siempre existía el riesgo de que fuesen avasallados por el Gobierno de Estados Unidos (Brennan et al., 2005, págs. 83-87).

En **Canadá** los derechos de los pueblos indígenas establecidos en virtud de diversos tratados se reconocieron constitucionalmente en la sección 35 (1). Como se comentó anteriormente, esto dio pie a la obligación, reconocida por los tribunales, de consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas gubernamentales que afectasen a sus derechos. Además, los tratados ayudaron a crear un marco para la elaboración continua de acuerdos en la era moderna. Como se explica en la pregunta 10 de la IPCAT, Canadá ha recurrido a mecanismos bilaterales para negociar nuevos acuerdos entre el Gobierno y los pueblos indígenas, como el Acuerdo entre Canadá y la Nación Métis o el Memorando de Entendimiento entre el Primer Ministro y el Jefe Nacional de la Asamblea de las Primeras Naciones (IDEA Internacional, 2020, págs. 76 y 77). Esto pone de relieve la manera en que los tratados pueden crear relaciones continuas “de nación a nación” o “de soberanía a soberanía” entre los pueblos indígenas y los Estados colonizadores. Dichos instrumentos permiten establecer las condiciones de la relación y la asociación, las cuales se pueden revisar y revitalizar con el tiempo. Por tanto, la elaboración de tratados puede convertirse en un proceso activo que forme parte de las disposiciones constitucionales contemporáneas.

Australia no tiene la misma historia en materia de elaboración de tratados coloniales³², pero los defensores de los pueblos indígenas promueven de manera sistemática los tratados. En consonancia con décadas de movimientos de defensa de los pueblos indígenas, la Declaración de Uluru desde el Corazón de 2017 —una declaración nacional histórica de los pueblos indígenas— instaba al reconocimiento constitucional de la voz de las Primeras Naciones mediante la creación de un órgano consultivo y representativo de los pueblos indígenas garantizado por la Constitución (Morris, 2018), así como mediante una Comisión Makarrata —encargada de la elaboración de tratados— establecida por la legislación (Commonwealth de Australia, 2017). Si bien el Gobierno federal parece reacio a tomar medidas en relación con dichas peticiones, algunos estados y territorios están celebrando discusiones al respecto. En el estado de Victoria, por ejemplo, se estableció una Comisión de Tratados en 2018. La Comisión llevó a cabo consultas con los pueblos indígenas y creó un Órgano de Representantes de los Pueblos Aborígenes, establecido mediante la legislación estatal en 2019 (Ley para la Promoción del Proceso de Celebración de un Tratado con la Población Aborigen de Victoria de 2018). La Asamblea de los Primeros Pueblos de Victoria

aspira a convertirse en la voz electa de los aborígenes de Victoria en las discusiones futuras sobre la celebración de tratados (Asamblea de los Primeros Pueblos de Victoria, s. d.).

Esto demuestra cómo un órgano de representación de los pueblos indígenas puede contribuir a facilitar la negociación de tratados, ya que los pueblos indígenas necesitan una institución que los represente para mantener una interacción eficaz con el Estado. También permite comprender por qué la población indígena de Victoria creó la Asamblea de los Primeros Pueblos antes de comenzar las negociaciones del tratado, y por qué la Declaración de Uluru pide el establecimiento de una voz de las Primeras Naciones que represente a los pueblos indígenas, junto con una Comisión Makarrata que supervise la elaboración de acuerdos y la búsqueda de la verdad histórica. Además, muestra de qué modo distintos instrumentos institucionales establecidos en favor del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas pueden funcionar en conjunto como un paquete de reformas.

Notas

1. Por ejemplo, Nueva Zelandia abolió su estructura provincial en 1877 y su Cámara Alta en 1950 mediante la legislación ordinaria.
2. En términos electorales una persona maorí se define como aquella que es de la raza maorí de Nueva Zelandia, incluidos sus descendientes (Ley Electoral de Nueva Zelandia de 1993, sec. 3 (1)).
3. En el artículo 171 se especifica que los candidatos indígenas al Senado “deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido [líderes] de una organización indígena”.
4. El Parlamento indio también cuenta con una Cámara Alta de 245 escaños.
5. Por ejemplo, en Australia hay un ministro para los aborígenes australianos, cargo que por primera vez ocupa un indígena, Ken Wyatt. Wyatt supervisa el organismo nacional de los aborígenes australianos, que administra los asuntos de los pueblos aborígenes. El Ministerio de Desarrollo Maorí [Te Puni Kōkiri] de Nueva Zelandia siempre es dirigido por un miembro del gobierno de origen maorí.
6. En el artículo 152 de la Constitución de 1965 se establece que será responsabilidad del Gobierno velar en todo momento por los intereses de las minorías raciales y religiosas de Singapur; que el Gobierno ejercerá sus funciones de manera que se reconozca la posición especial del pueblo malayo, que constituye el pueblo indígena de Singapur, y que en consecuencia será responsabilidad del Gobierno proteger, salvaguardar, apoyar, fomentar y promover los intereses políticos, educativos, religiosos, económicos, sociales y culturales del pueblo malayo, así como el idioma malayo.
7. La comunidad malaya se define como cualquier persona, de raza malaya o no, que se considere miembro de la comunidad malaya y que sea generalmente aceptada como miembro de la comunidad malaya por dicha comunidad.
8. En la sección 174 (2) se estipula que la necesidad de que el Poder Judicial refleje ampliamente la composición racial y de género de Sudáfrica debe tenerse en cuenta a la hora de nombrar a los funcionarios judiciales.
9. Véase también Consejo Maorí de Nueva Zelandia (s. d.).
10. El Consejo Sami, formado en el año 2000, conecta a los parlamentos samis en el plano internacional y cuenta con la participación permanente de los samis de Rusia.
11. En la sección 95 (3) se establece que el derecho consuetudinario tendrá un efecto continuo. Véanse también las secciones 1 (2) (f), 7 (h), 47 (1), 51 y 79.

12. Los expertos y los defensores sudafricanos emplean el término “indígena” para referirse de forma más amplia a las diferentes tradiciones, y no lo utilizan únicamente en relación con las tradiciones del pueblo khoisan. En este sentido, el liderazgo tradicional se considera “indígena”. Por ejemplo, en el libro blanco sobre liderazgo tradicional y gobernanza se afirma que los líderes tradicionales son autóctonos de Sudáfrica y del continente africano, y que su existencia es anterior a las conquistas coloniales y a la era del *apartheid*. También se señala que, al igual que otras instituciones y estructuras de gobernanza, las instituciones de liderazgo tradicional evolucionaron con el tiempo (República de Sudáfrica, 2003, pág. 20). Además, en el citado documento se afirma que la legislación propuesta respecto de cuestiones relativas al liderazgo tradicional también se aplicará al pueblo khoisan y a sus demandas a este respecto (República de Sudáfrica, 2003, pág. 62).
13. Por ejemplo, la Ley de Liderazgo Tradicional y Khoisan de 2019 fue el primer reconocimiento estatutario específico del pueblo khoisan. Véase también De Visser y Steytler (2018, págs. 19-23).
14. En el capítulo 12, sección 211, se reconocen la institución, el rango y la función de los líderes tradicionales según el derecho consuetudinario, con sujeción a la Constitución, y se anticipa que una autoridad tradicional que se adhiera a un sistema de derecho consuetudinario podría funcionar.
15. Anteriormente denominada Ley del Consejo de Líderes Tradicionales, modificada por la Ley núm. 85 de Enmienda del Consejo de Líderes Tradicionales de 1998.
16. Cabo Oriental, Estado Libre, KwaZulu-Natal, Limpopo, Mpumalanga y Noroeste.
17. El Consejo Nacional Khoisan tiene como objetivo unir a las comunidades khoisan y crear una plataforma a través de la cual ellas puedan plantear las cuestiones que las afectan en cuanto grupo de comunidades (Gobierno de Sudáfrica, s. d.).
18. Entre dichos asuntos se incluyen la Ley Finnmark de 2005, la Ley de Cría de Renos de 2007, la Ley de Planificación y Edificación de 2008, y la Ley de la Diversidad de la Naturaleza de 2009 (véase Allard, 2018, págs. 25 y 29).
19. En la legislación también se aclara que el hecho de que los representantes de los samis no hagan uso de la oportunidad de ser escuchados no impide en modo alguno que las autoridades sigan adelante con el asunto tratado, por lo que se elimina cualquier posibilidad de veto por abstención.
20. El Acuerdo de Charlottetown de 1992 pretendía reconocer constitucionalmente el derecho de los pueblos aborígenes al autogobierno, pero fue rechazado en un referéndum celebrado para consultar la opinión de la ciudadanía canadiense. Desde entonces no se han celebrado conferencias constitucionales.

21. Véanse, por ejemplo, los siguientes casos: Nación Haida vs. Columbia Británica (Ministro de Bosques) [2004] 3 SCR 511; Primera Nación Mikisew Cree vs. Canadá (Ministro de Patrimonio de Canadá) [2005] 3 SCR 388; Beckman vs. Primera Nación Little Salmon/Carmacks [2010] 3 SCR 103; Rio Tinto Alcan Inc. vs. Consejo Tribal Carrier Sekani [2010] 2 SCR 650.
22. Véase, por ejemplo, el caso Primera Nación Mikisew Cree vs. Canadá, 2005 SCC 69 (CanLII), [2005] 3 SCR 388. Cuando la Corona no realiza las consultas requeridas es posible emplear diversos recursos, como medidas cautelares, indemnizaciones por perjuicios u órdenes que obliguen a celebrar una consulta o un acuerdo (Rio Tinto Alcan Inc. vs. Consejo Tribal Carrier Sekani, 2010 SCC 43 (CanLII), [2010] 2 SCR 650 [37]).
23. Un análisis más completo al respecto puede consultarse en Morris (2020).
24. En las secciones 73, 74 y 75 se establece que todas las tierras pertenecen a los propietarios consuetudinarios indígenas; que las normas consuetudinarias serán la base de la propiedad de la tierra, y que solo las ciudadanas y los ciudadanos indígenas de Vanuatu pueden obtener la titularidad a perpetuidad de sus tierras.
25. En la sección 13 (1) de la Ley del Consejo de Jefes Malvatumauri de 2006 se confieren las siguientes funciones adicionales a dicho Consejo: (a) resolver conflictos de acuerdo con las costumbres locales; (b) prescribir el valor de los intercambios de obsequios en los matrimonios conforme a la costumbre; (c) promover y fomentar el uso de la costumbre y la cultura; (d) promover la paz, la estabilidad y la armonía; (e) promover y fomentar el desarrollo económico y social sostenible, y (f) desempeñar otras funciones que hayan sido conferidas al Consejo en virtud de la citada Ley o de cualquier otra.
26. Como en el ejemplo de Vanuatu, se podría profundizar el examen de las instituciones tradicionales de Sudáfrica mediante investigaciones empíricas adicionales orientadas a determinar si las consultas sobre los proyectos de ley pertinentes se realizan de forma sistemática, y cuál es la eficacia de dichas consultas en la práctica.
27. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039/97, Magistrado Ponente A. Barrera Carbonell (3 de febrero de 1997), <<https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/sentencia-su-039-97.pdf>>.
28. Ley núm. 29785 de 2011 o Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT (véase Iseli, 2020, págs. 259 y 269).

29. En su preámbulo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce que “los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados” (Naciones Unidas, 2007).
30. En 1989 el antropólogo Hugh Kawharu tradujo la versión maorí del Tratado al inglés con el propósito de reflejar con mayor exactitud la interpretación de los jefes signatarios. Kawharu tradujo *kāwanatanga* como “gobierno”. El significado de los términos traducidos sigue siendo objeto de debate (véase Historia de Nueva Zelanda, “El Tratado de Waitangi”, s. d.).
31. Para obtener más información sobre la importancia de los idiomas indígenas en el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas puede consultarse Morris y Murphy (2020).
32. No obstante, cabe mencionar el Tratado de Batman de 1835, que fue anulado por la Corona, así como una serie de acuerdos sobre títulos y tierras de los pueblos aborígenes, que hay quienes sostienen que son similares a los tratados (Hobbs y Williams, 2018).

3. Conclusiones

Los Estados pueden adoptar diversos mecanismos para empoderar a los pueblos indígenas a fin de que dichos pueblos puedan decidir acerca de los asuntos que los afectan y puedan participar de una manera más justa en los procesos de toma de decisiones políticas a nivel del Estado. Así, las personas comprometidas con la defensa de los pueblos indígenas en Chile deben ahora considerar qué mecanismos quieren implementar, y establecer de qué forma esos mecanismos van a interactuar entre sí y con los diferentes órganos del Estado chileno en el marco de la nueva Constitución.

Una parte integral del trabajo pendiente consistirá en decidir qué propuestas requieren la permanencia de la codificación constitucional y cuáles necesitan la flexibilidad de la evolución legislativa. Como se ha señalado anteriormente, las instituciones que facilitan la representación, la participación y la consulta de los pueblos indígenas suelen combinar ambas opciones; es decir, las instituciones pueden tener un mandato constitucional, pero pueden desarrollarse y detallarse a través de la legislación. Otro dilema consiste en decidir si los mecanismos deben establecerse por la vía política e implementarse mediante la legislación, las instituciones, los acuerdos y las políticas, o si deben establecerse por la vía judicial, o mediante una combinación de ambas. Se espera que los ejemplos examinados anteriormente contribuyan a que las personas encargadas de llevar adelante la reforma constitucional reflexionen más allá de las declaraciones generales de los derechos de los pueblos indígenas sobre las que solo se pronuncian los tribunales y consideren también qué instituciones, procedimientos y procesos políticos podrían materializar esos derechos.

Una vez negociados los acuerdos institucionales pertinentes, el desafío principal consistirá en la implementación constitucional. En ese sentido, ni siquiera el mejor diseño constitucional puede garantizar la eficacia de las instituciones en la práctica. Tal como señaló en 1994 el entonces Primer Ministro indígena de

Groenlandia, Lars Emil Johansen, a las personas australianas indígenas de Cabo York, la autodeterminación es una labor ardua (Pearson, 2016). Para lograr la instauración efectiva de instituciones que empoderen a los pueblos indígenas es preciso contar con recursos humanos y financieros; con el apoyo del Gobierno para la creación de capacidades, y con mecanismos que garanticen la rendición de cuentas y la transparencia, así como promover un aprendizaje y una adaptación constantes. Sobre todo, el éxito de los acuerdos institucionales requerirá una labor intensa y el compromiso de todas las partes involucradas, tanto indígenas como no indígenas. Una nueva Constitución no constituye más que el principio.

Bibliografía

- Abdullah, W. J., “Religious representation in secular Singapore: A case study of MUIS and Pergas” [Representación religiosa en el Singapur secular: un estudio de caso de MUIS y Pergas], *Asian Survey*, 53/6 (2013), <<https://doi.org/10.1525/as.2013.53.6.1182>>.
- Albert, C., “Los errores que liquidaron la consulta indígena: ‘Es una instrumentalización de la pobreza’” (Santiago: Centro de Investigación Periodística, 7 de agosto de 2019), <<https://www.ciperchile.cl/2019/08/07/los-errores-que-liquidaron-la-consulta-indigena-es-una-instrumentalizacion-de-la-pobreza/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Allard, C., “The Rationale for the duty to consult indigenous peoples: Comparative reflections from Nordic and Canadian legal contexts” [La justificación del deber de consultar a los pueblos indígenas: reflexiones comparativas de los contextos jurídicos nórdico y canadiense], *Arctic Review on Law and Politics*, 9 (2018), <<https://doi.org/10.23865/arctic.v9.729>>.
- Ambagudia, J., “Scheduled tribes, reserved constituencies and political reservation in India” [Las tribus reconocidas en el Anexo 5 de la Constitución, los distritos reservados y la reserva política en India], *Journal of Social Inclusion Studies* (11 de julio de 2019), <<https://doi.org/10.1177/2394481119847015>>.
- Archivo de los Pueblos de la India Rural, *Scheduled Tribes in India as Revealed in Census 2011* [Las tribus reconocidas en el Anexo 5 de la Constitución de la India según revela el Censo de 2011] (3 de mayo de 2013), <<https://>

ruralindiaonline.org/en/library/resource/scheduled-tribes-in-india-as-revealed-in-census-2011/>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Asamblea de las Primeras Naciones (AFN), “About AFN” [Sobre la Asamblea de las Primeras Naciones] (s. d.), <<https://www.afn.ca/about-afn/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Asamblea de los Primeros Pueblos de Victoria, “About your Assembly” [Acerca de vuestra asamblea] (s. d.), <<https://www.firstpeoplesvic.org/about/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Baloyi, T., “Khoi-San Leadership Act: Here’s what it means for SA’s ‘first people’” [Ley de Liderazgo Khoisan: esto es lo que significa para “los primeros pueblos” de Sudáfrica], *The South African* (30 de noviembre de 2019), <<https://www.thesouthafrican.com/news/khoi-san-leadership-act-what-does-it-mean-2019/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Barié, C. G., “Representation of indigenous peoples in times of progressive governments: Lessons learned from Bolivia” [La representación de pueblos indígenas en época de gobiernos progresistas. Lecciones aprendidas de Bolivia], *Latin American and Caribbean Ethnic Studies* (30 de octubre de 2020), <<https://doi.org/10.1080/17442222.2020.1839225>>.

Bourke, R., “Proclamation by His Excellency Major General Sir Richard Bourke, K. C. B. Commanding His Majesty’s Forces, Captain General and Governor in Chief of the Territory of New South Wales and its Dependencies, and Vice Admiral of the same &c. &c. &c.” [Proclamación de Su Excelencia el General de División Sir Richard Bourke K. C. B., Comandante de las Fuerzas de Su Majestad, Capitán General y Gobernador en Jefe del Territorio de Nueva Gales del Sur y sus dependencias, y Vicealmirante del mismo] (Sídney, 6 de agosto de 1835), <https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/nsw7_doc_1835.pdf>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Brennan, S. et al., *Treaty* (Annandale, Australia: Federation Press, 2005), <<https://catalogue.nla.gov.au/Record/3412830>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Broderstad, E. G., “The Promises and Challenges of Indigenous Self-Determination: The Sami Case” [Promesas y desafíos de la autodeterminación de los pueblos indígenas: el caso de los samis],

International Journal, 66/4 (2011), págs. 893-907, <<https://doi.org/10.1177/002070201106600416>>.

_____, “Implementing indigenous self-determination: The case of the Sámi in Norway” [La aplicación de la autodeterminación de los pueblos indígenas: el caso de los samis en Noruega], en M. Woons (ed.), *Restoring Indigenous Self Determination: Theoretical and Practical Approaches* [Restaurar la autodeterminación indígena: enfoques teóricos y prácticos] (E-International Relations, 30 de mayo de 2014), <<https://www.e-ir.info/2014/05/30/implementing-indigenous-self-determination-the-case-of-the-sami-in-norway/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Centro de Políticas Nórdicas, “Sami Parliaments” [Los Parlamentos samis] (El Instituto de Australia, 22 de enero de 2021), <https://www.nordicpolicycentre.org.au/sami_parliaments>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Chigwata, T., “The role of traditional leaders in Zimbabwe: Are they still relevant?” [El papel de los líderes tradicionales en Zimbabwe: ¿siguen siendo relevantes?], *Law, Democracy & Development*, 20 (2016), <<https://doi.org/10.4314/ldd.v20i1.4>>.

Chile, “Ley 19253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena” (Santiago: Ministerio de Planificación y Cooperación, 28 de septiembre de 1993), <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30620>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Comisión Electoral de Nueva Zelanda, “What is the Māori Electoral Option?” [¿Cuál es la opción electoral maorí?] (s. d.), <<https://elections.nz/democracy-in-nz/what-is-an-electoral-roll/what-is-the-maori-electoral-option/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Comisión Sudafricana de Derechos Humanos, *Report of the South African Human Rights Commission: National Hearing Relating to the Human Rights Situation of the Khoi-San in South Africa* [Informe de la Comisión Sudafricana de Derechos Humanos. Audiencia nacional relativa a la situación del pueblo khoisan de Sudáfrica en materia de derechos humanos] (Braamfontein, Sudáfrica: Comisión Sudafricana de Derechos Humanos, 2018), <<https://www.sahrc.org.za/home/21/files/National%20Hearing%20Report%20on%20the%20Humn%20Rights%20of%20the%20Khoi-San%20-%20>>

2014%20March%202018%20(003).pdf>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Comité de Asuntos Maoríes, *Inquiry into the Operation of the Māori Community Development Act 1962 and related issues* [Investigación sobre el funcionamiento de la Ley de Desarrollo de la Comunidad Maorí de 1962 y cuestiones conexas], Parlamento núm. 49 (diciembre de 2010), <https://www.parliament.nz/en/pb/sc/reports/document/49DBSCH_SCR4940_1/inquiry-into-the-operation-of-the-maori-community-development>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Commonwealth de Australia, *Final Report of the Referendum Council* [Informe final del Consejo del Referéndum] (Canberra: Departamento del Primer Ministro y el Gabinete, 30 de junio de 2017), <https://www.referendumcouncil.org.au/sites/default/files/report_attachments/Referendum_Council_Final_Report.pdf>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Congreso de la República de Colombia, “Cámara de Representantes” (s. d.), <<https://www.camara.gov.co/la-camara>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Consejo Maorí de Nueva Zelanda, “Our history” [Nuestra historia] (s. d.), <<https://web.archive.org/web/20171012094826/https://maoricouncil.com/2013/02/02/our-history/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Crow, J. y J. L. Ossa Santa Cruz, “¿Indios seducidos? Participación político-militar de los mapuche durante la Restauración de Fernando VII. Chile, 1814-1825”, *Revista Universitaria de Historia Militar*, 7/15 (2018), *Revista Universitaria de Historia Militar*, <<https://ruhm.es/index.php/RUHM/article/view/506>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Cullwick, J., “Second round of consultations on draft Bill on Traditional Knowledge” [Segunda ronda de consultas sobre el proyecto de ley sobre conocimientos tradicionales], *Daily Post* (13 de septiembre de 2016), <https://dailypost.vu/news/second-round-of-consultations-on-draft-bill-on-traditional-knowledge/article_dd7fddf1-d84d-5cf4-9349-db558fbb9126.html>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Daily Post, “Malvatumauri Council of Chiefs currently non-existent: Campaign for Justice” [El actualmente inexistente Consejo de Jefes Malvatumauri: Campaña por la Justicia] (4 de agosto de 2018), <<https://dailypost.vu/news/>>

- malvatumaauri-council-of-chiefs-currently-non-existent-campaign-for-justice/article_cf058bf2-f832-553e-bc03-99b44a5cae18.html>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- De Visser, J. y N. Nico Steytler, “Old diversities and new responses in the quest for unity in South Africa” [Antiguas diferencias y nuevas respuestas en la búsqueda de la unidad en Sudáfrica], en A.-G. Gagnon y M. Burgess (eds.), *Revisiting Unity and Diversity in Federal Countries: Changing Concepts, Reform Proposals and New Institutional Realities* [Revisión de la unidad y la diversidad en los países federales. Conceptos en evolución, propuestas de reforma y nuevas realidades institucionales] (Leiden, Holanda: Brill, 2018), <https://doi.org/10.1163/9789004367180_002>.
- Directorio Mundial de Minorías y Pueblos Indígenas, “Bolivia” (s. d. [información actualizada en enero de 2018]), <<https://minorityrights.org/country/bolivia/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Donoso, S. et al., “Propuestas constitucionales: reconocimiento de los pueblos indígenas en una nueva constitución” (Horizontal Chile, marzo de 2021), <<https://www.horizontalchile.cl/wp-content/uploads/2021/04/PCPO.pdf>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Guía Electoral, “Plurinational State of Bolivia” [Estado Plurinacional de Bolivia] (18 de octubre de 2020), <<https://www.electionguide.org/elections/id/3452/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Felix, J., “Ramaphosa refers Liquor Bill back to Parliament, wants input from traditional leaders” [Ramaphosa remite el proyecto de Ley de Bebidas Alcohólicas al Parlamento con el objeto de obtener la opinión de los líderes tradicionales], *News24* (12 de junio de 2020), <<https://www.news24.com/news24/southafrica/news/ramaphosa-refers-liquor-bill-back-to-parliament-wants-input-from-traditional-leaders-20200612>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Fernández, J. E., *Pueblos indígenas en constituciones del mundo* (Santiago: Laboratorio Constitucional UDP, 15 de julio de 2020), <<https://plataformacontexto.cl/cms/wp-content/uploads/2021/02/Pueblos-Indigenas.pdf>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Flemmer, R. y A. Schilling-Vacaflor, “Unfulfilled promises of the consultation approach: The limits to effective indigenous participation in Bolivia’s and Peru’s extractive industries” [Las promesas incumplidas del enfoque de consulta: los límites a la participación efectiva de los pueblos indígenas en las

industrias extractivas de Bolivia y Perú], *Third World Quarterly*, 37/1 (2016), págs. 172-188, <<https://doi.org/10.1080/01436597.2015.1092867>>.

Forsyth, M., *A Bird that Flies with Two Wings: Kastom and State Justice Systems in Vanuatu* [Un pájaro que vuela con dos alas: los sistemas judiciales estatal y Kastom en Vanuatu] (ANU Press, 2009), <https://www.doi.org/10.26530/OAPEN_458830>.

Fundación para el Debido Proceso (DPLF), *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, resumen ejecutivo (Washington, D. C.: DPLF, 2015), <http://www.dplf.org/sites/default/files/resumen_consulta_previa_2015_m7web-2.pdf>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Fundaciones Indígenas, “The Indian Act” [La Ley Indígena] (First Nations Studies Program, 2009), <https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/the_indian_act/>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

FYI.org.nz, “Is the number of Māori representation seats determined by the Māori population or those on the Māori Electoral Roll?” [¿El número de escaños reservados para el pueblo maorí está determinado por la población maorí o por la población registrada en el registro electoral maorí?], solicitud presentada a la Comisión Electoral de Nueva Zelandia (20 de enero de 2020), <<https://fyi.org.nz/request/12056-is-the-number-of-maori-representation-seats-determined-by-the-maori-population-or-those-on-the-maori-electoral-roll>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Gazmuri, J., “Pactos entre Chile y el pueblo mapuche: aprender de la historia reciente”, *El Mostrador* (29 de diciembre de 2018), <<https://www.elmostrador.cl/destacado/2018/12/29/pactos-entre-chile-y-el-pueblo-mapuche-aprender-de-la-historia-reciente/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Gobierno de Noruega, “Procedures for Consultations between State Authorities and the Sami Parliament [Norway]” [Procedimientos para la consulta entre las autoridades estatales y el Parlamento Sami (Noruega)] (s. d. [información actualizada el 14 de agosto de 2018]), <<https://www.regjeringen.no/en/topics/indigenous-peoples-and-minorities/Sami-people/midtspalte/>>

PROCEDURES -FOR-CONSULTATIONS-BETWEEN-STA/id450743/>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Gobierno de Sudáfrica, “Traditional affairs” [Asuntos tradicionales] (s. d.), <<https://www.gov.za/about-government/government-system/traditional-leadership>>; fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Gobierno de Canadá, “New Permanent Bilateral Mechanisms” [Nuevos mecanismos bilaterales permanentes] (s. d. [información actualizada el 30 de abril de 2021]), <<https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1499711968320/1529105436687>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), “Pueblos indígenas en Bolivia” (s. d.), <<https://www.iwgia.org/es/bolivia.html>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

_____, “Pueblos indígenas en Colombia” (s. d.), <<https://www.iwgia.org/es/colombia/3739-mi-2020-colombia.html>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

_____, “Pueblos indígenas en Venezuela” (24 de abril de 2019), <<https://www.iwgia.org/es/venezuela/3410-mi2019-venezuela.html>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

_____, “Pueblos indígenas en Sudáfrica” (11 de mayo de 2020), <<https://www.iwgia.org/es/sudafrica/3718-mi-2020-sudafrica.html>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Henderson, A., “Prime Minister’s Office confirms plans to meet with Indigenous Congress, after accusations of bias” [La Oficina del Primer Ministro confirma los planes de reunión con el Congreso Indígena, tras las acusaciones por sesgos], *ABC News* (14 de marzo de 2016), <<https://www.abc.net.au/news/2016-03-15/pm-confirms-plans-to-meet-with-indigenous-congress/7247170>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Hill, R. S., “Ngā Whakataunga Tiriti/Treaty of Waitangi settlement process: Royal apology to Tainui, 1995” [El proceso de establecimiento del Tratado de Waitangi. La disculpa de la Corona a Tainui, 1995], *Te Ara. The Encyclopedia of New Zealand* [La Enciclopedia de Nueva Zelanda] (20 de junio de 2012), <<https://teara.govt.nz/en/video/33050/royal-apology-to-tainui-1995>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

- Historia de Nueva Zelanda, “Māori and the vote: Change in the 20th Century” [Los maoríes y el voto: cambios en el siglo XX] (s. d.), <<https://nzhistory.govt.nz/politics/maori-and-the-vote/twentieth-century>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- _____, “Māori and the vote: Setting up the Māori seats” [Los maoríes y el voto: el establecimiento de los escaños maoríes] (s. d.), <<https://nzhistory.govt.nz/politics/maori-and-the-vote/setting-up-seats>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- _____, “Te Tiriti O Waitangi. The Treaty of Waitangi” [El Tratado de Waitangi] (s. d.), <<https://nzhistory.govt.nz/files/documents/treaty-kawharu-footnotes.pdf>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Hobbs, H. y G. Williams, “The Noongar Settlement: Australia’s first treaty” [El Acuerdo de Noongar: el primer tratado de Australia], *Sydney Law Review*, 40/1 (2018), <<https://static1.squarespace.com/static/56cac409d51cd4381775480d/t/5b10e012758d46284f9ac724/1527832598645/The+Noongar+Settlement+First+Australian+Treaty.pdf>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Hoffay, M. y S. Rivas, “The indigenous in Latin America: 45 million with little voice” [Los pueblos indígenas de América Latina: 45 millones de personas con escasa voz], *Global Americans* (31 de agosto de 2016), <<https://theglobalamericans.org/2016/08/indigenous-latin-america-45-million-little-voice/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- IndexMundi, “Singapore Demographics Profile” [Perfil demográfico de Singapur] (s. d. [información actualizada el 27 de noviembre de 2020]), <https://www.indexmundi.com/singapore/demographics_profile.html>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Instituto Australiano de Estudios Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres (AIATSIS), “Proof of Aboriginality” [Prueba de origen étnico aborígen] (s. d.), <<https://aiatsis.gov.au/family-history/you-start/proof-aboriginality>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), *Indigenous People’s Rights in Constitutions Assessment Tool* [Herramienta para la evaluación de los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones] (Estocolmo: IDEA Internacional, 7 de agosto de 2020), <<https://doi.org/10.31752/idea.2020.37>>.

- Iseli, C., “The operationalization of the principle of free, prior and informed consent: A duty to obtain consent or simply a duty to consult?” [La aplicación del principio de consentimiento libre, previo e informado: ¿el deber de obtener el consentimiento o simplemente el deber de consultar?], *Journal of Environmental Law*, 38/2 (2020), <https://escholarship.org/content/qt25w7d11q/qt25w7d11q_noSplash_e92e5d5a1fd3c66ee5fb22801c496d22.pdf?t=qhkv7>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Josefsen, E., *Los saami y los parlamentos nacionales: medios de influencia política* (Unión Interparlamentaria y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2010), <<http://archive.ipu.org/splz-e/chiapas10/saami-s.pdf>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Kadir, S., “Uniquely Singapore: The management of Islam in a Small Island Republic” [La singularidad de Singapur: la gestión del islam en una pequeña república insular], *Islam and Civilisational Renewal*, 2/1 (octubre de 2010), <<https://go.gale.com/ps/i.do?id=GALE%7CA270896034&sid=googleScholar&v=2.1&it=r&linkaccess=abs&issn=2041871X&p=AONE&sw=w&userGroupName=anon%7E8e9ab129>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Keith, K. J., “The New Zealand Bill of Rights Act 1990: An account of its preparation” [La Ley de la Carta de Derechos de Nueva Zelanda de 1990: un relato de su preparación], *New Zealand Journal of Public and International Law*, 11/1 (noviembre de 2013), <<https://www.wgtn.ac.nz/public-law/publications/nz-journal-of-public-and-international-law/previous-issues/volume-11-issue-1-november-2013/Keith.pdf>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Lim, C. L., “Race, multicultural accommodation and the constitutions of Singapore and Malaysia” [Raza, ajuste multicultural y las constituciones de Singapur y Malasia], *Singapore Journal of Legal Studies* (julio de 2004), págs. 117-149, <<https://www.jstor.org/stable/24869534>>. fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Lloyd, B., “Dedicated Indigenous Representation in the Australian Parliament” [Representación específica de los pueblos indígenas en el Parlamento de Australia], documento de investigación núm. 23 (Biblioteca del Parlamento, 18 de marzo de 2009), <<https://www.aph.gov.au/binaries/library/pubs/rp/2008-09/09rp23.pdf>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

- Macklem, P., “First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination” [El autogobierno de las primeras naciones y las fronteras de la imaginación jurídica canadiense], *McGill Law Journal*, 36/2 (1991), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1176658>. fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Martin, J. E., “Parliament: Impact of MMP” [El Parlamento: impacto de la representación proporcional mixta], *Te Ara. The Encyclopedia of New Zealand* [La Enciclopedia de Nueva Zelanda] (20 de junio de 2012 [información actualizada el 1 de febrero de 2015]), <<http://www.TeAra.govt.nz/en/parliament/page-9>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Mashumba, N. y M. Affa’a Mindzie, *Conflict Transformation and Peacebuilding in Southern Africa: Civil Society, Governments, and Traditional Leaders* [La transformación del conflicto y la consolidación de la paz en el Sur de África: la sociedad civil, los gobiernos y los líderes tradicionales] (Ciudad del Cabo: Centro para la Solución de Conflictos, 2009), <https://www.jstor.org/stable/resrep05154.3?seq=1#metadata_info_tab_contents>.
- McDonnell, S., “Better protection for custom owners: Key changes in Vanuatu’s new land legislation” [Mejor protección para los titulares del derecho consuetudinario: cambios clave de la nueva legislación de Vanuatu sobre tierras], *Outrigger: Blog of the Pacific Institute* (4 de marzo de 2014), <<https://pacificinstitute.anu.edu.au/outrigger/2014/03/04/better-protection-for-custom-owners-key-changes-in-vanuatus-new-land-legislation/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- McHugh, P. G., “Treaty principles’: Constitutional relations inside a conservative jurisprudence” [Principios del Tratado: relaciones constitucionales en el seno de la jurisprudencia conservadora], *Victoria University of Wellington Law Review*, 39/1 (2008), <<https://doi.org/10.26686/vuwlr.v39i1.5453>>.
- McNeil, K., “The decolonisation of Canada: Moving toward recognition of aboriginal governments” [La descolonización del Canadá: el avance hacia el reconocimiento de los gobiernos de los pueblos aborígenes], *Western Legal History*, 7/1 (1994), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2316899>. fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- McNeil, K. y D. David Yarrow, “Has the constitutional recognition of aboriginal rights adversely affected their definition?” [¿El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos aborígenes ha tenido un efecto negativo en su

definición?], *Supreme Court Law Review*, 37 (2007), <https://works.bepress.com/kent_mcneil/63/>. fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Miles, W. F. S., “Traditional rulers and development administration: Chieftaincy in Niger, Nigeria and Vanuatu” [Gobernantes tradicionales y administración del desarrollo: el sistema de jefes en Níger, Nigeria y Vanuatu], *Studies in International Comparative Development*, 28/3 (1993), <<https://doi.org/10.1007/BF02687120>>.

Morgan, C., “National Congress of Australia’s First Peoples’ closure a step back for Aboriginal people: Rod Little” [El cierre del Congreso Nacional de los Primeros Pueblos de Australia representa un paso atrás para los pueblos aborígenes: Rod Little], *Canberra Times* (17 de octubre de 2019), <<https://www.canberratimes.com.au/story/6443649/closure-of-aboriginal-organisation-means-loss-of-first-peoples-voice-former-co-chairman/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Morris “The argument for a constitutional procedure for parliament to consult with indigenous peoples when making laws for indigenous affairs” [El argumento a favor de un procedimiento constitucional para que el Parlamento consulte con los pueblos indígenas al legislar sobre asuntos indígenas], *Public Law Review*, 166 (4 de junio de 2015), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3189950>. fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

_____, “‘The torment of our powerlessness’: addressing indigenous constitutional vulnerability through the Uluru statement’s call for a first nations voice in their affairs” [“El tormento de nuestra impotencia”: afrontar la vulnerabilidad constitucional de los pueblos indígenas a través de la declaración de Uluru en favor de una voz de las primeras naciones en los asuntos que les atañen], *University of New South Wales Law Journal*, 41/3 (2018), <<https://doi.org/10.53637/QKQA5656>>.

_____, *A First Nations Voice in the Australian Constitution* [Una voz de las Primeras Naciones en la Constitución australiana] (Oxford: Hart Publishing, 2020), <<https://doi.org/10.5040/9781509928958>>.

_____, “Love in the High court: Implications for indigenous constitutional recognition” [El amor en el tribunal superior: implicaciones para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas], *Federal Law*

Review, 49/3 (2021), págs. 437, <<https://doi.org/10.1177/0067205X211016584>>.

Morris, S. y J. R. Murphy, “Australia’s first trilingual statute” [El primer estatuto trilingüe de Australia], *Australian Public Law* (21 de octubre de 2020), <<https://auspublaw.org/2020/10/australias-first-trilingual-statute/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Naciones Unidas, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” [A/RES/61/295] (Asamblea General de las Naciones Unidas, 13 de septiembre de 2007), <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Newman, D. y W. E. O. Pineda, “Comparing Canadian and Colombian approaches to the Duty to Consult Indigenous Communities on International Treaties” [Comparación de los enfoques canadiense y colombiano en relación con el deber de consulta con las comunidades indígenas sobre los tratados internacionales], *Constitutional Forum constitutionnel*, 25/1 (2016), <<https://doi.org/10.21991/C9V67F>>.

Nimbtik, “‘Worlds in collision’: An inquiry into the sources of corruption within Vanuatu government and society” [Mundos en colisión: un estudio de las fuentes de corrupción dentro del Gobierno y la sociedad de Vanuatu], tesis doctoral (RMIT University, 2016), <<https://www.semanticscholar.org/paper/%E2%80%9CWorl%20ds-in-Collision%E2%80%9D%3A-an-inquiry-into-the-sources-Nimbtik/9d33805ed3d78fedb01d41474de57a5503e7ca1a>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

_____, “The struggles of adoption and adaptation in the governance space of Vanuatu: The Incorporation of Jifly Authority and Kastom Governance into the legal-rational system” [Los desafíos de la adopción y la adaptación en el espacio de gobernanza de Vanuatu: la incorporación de la autoridad de Jifly y la gobernanza de Kastom al sistema jurídico racional], en John Idriss Lahai y Helen Ware (eds.), *Governance and Societal Adaptation in Fragile States* [Gobernanza y adaptación social en Estados frágiles] (SpringerLink, 2020), <https://doi.org/10.1007/978-3-030-40134-4_10>.

Noor Aisha Abdul Rahman, “Muslim personal laws and the accommodation of minorities: the need to better balance individual rights and group autonomy in Singapore” [Las leyes musulmanas sobre el estatuto personal y la integración de las minorías: la necesidad de equilibrar mejor los derechos

- individuales y la autonomía de los grupos en Singapur], *German Law Journal*, 20/7 (2019), págs. 1079-1095, <<https://doi.org/10.1017/glj.2019.71>>.
- Oficina Nacional de Estadísticas de Vanuatu, *2016 Post Pam Mini Census Report* [Informe del minicenso de 2016], vol. 1 (2016), <https://vnso.gov.vu/images/Public_Documents/Census_Surveys/Census/2016/2016_Mini_Census_Main_Report_Vol_1.pdf>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales” (OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014), <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Palmer, M. S. R., “Constitutional realism about constitutional protection: Indigenous rights under a judicialized and a politicized constitution” [Realismo constitucional en materia de protección constitucional: los derechos de los pueblos indígenas conforme a una constitución judicializada y politizada], *Dalhousie Law Journal*, 29/1 (2006), <<https://core.ac.uk/download/pdf/288305248.pdf>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Parlamento de Nueva Zelanda, “The Origins of the Māori Seats” [Los orígenes de los escaños maoríes], documento de investigación (31 de mayo de 2009), <<https://www.parliament.nz/en/pb/research-papers/document/00PLLawRP03141/origins-of-the-m%C4%81ori-seats>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- _____, “Members of parliament” [Miembros del Parlamento] (2020), <<https://www.parliament.nz/en/mps-and-electorates/members-of-parliament/>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Parlamento de Canadá, Comité Especial de la Cámara de los Comunes sobre el Autogobierno de los Pueblos Indígenas, *Indian Self-government in Canada: Report of the Special Committee* [Autogobierno de los pueblos indígenas en el Canadá: informe del Comité Especial] (Gobierno de Canadá, 1983).
- Pearson, N., “Foreword” [Prólogo], en D Freeman y S Morris (eds.), *The Forgotten People: Liberal and Conservative Approaches to Recognising Indigenous Peoples* [Los pueblos olvidados: enfoques liberales y conservadores

- en relación con el reconocimiento de los pueblos indígenas] (Melbourne University Press, 2016). <<https://www.mup.com.au/books/the-forgotten-people-paperback-softback>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Pizarro-Escuti, T., “Chile’s new constitution: An opportunity to end the Mapuche conflict” [La nueva Constitución de Chile: una oportunidad para poner fin al conflicto mapuche], *LatAm Dialogue* (2 de abril de 2021), <<https://www.latamdialogue.org/post/chile-s-new-constitution-an-opportunity-to-end-the-mapuche-conflict>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Rahim, L. Z., “Governing Muslims in Singapore’s secular authoritarian state” [El gobierno de la población musulmana en el Estado autoritario secular de Singapur], *Australian Journal of International Affairs*, 66/2 (2012), págs. 169-185, <<https://doi.org/10.1080/10357718.2011.646483>>.
- República de Sudáfrica, “The White Paper on Traditional Leadership and Governance” [El libro blanco sobre el liderazgo tradicional y la gobernanza], *Government Gazette*, 459/25438 (Pretoria: Ministerio de Gobierno Local y Provincial, julio de 2003), <https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/254381.pdf>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Rodriguez, P. y D. Carruthers, “Testing democracy’s promise: Indigenous mobilization and the Chilean state” [Puesta a prueba de la promesa de la democracia: la movilización de los pueblos indígenas y el Estado chileno], *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 85 (octubre de 2008), págs. 3-21, <<https://doi.org/10.18352/erlacs.9616>>.
- Sametinget, “Background: The State and the Sami Parliament” [Contexto: el Estado y el Parlamento Sami] (s. d. [información actualizada el 14 de marzo de 2019]), <<https://www.sametinget.se/9688>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Schilling-Vacaflor, A. y J. Eichler, “The shady side of consultation and compensation: ‘Divide-and-rule’ tactics in Bolivia’s extraction sector” [El lado oscuro de la consulta y la compensación: el uso de tácticas del tipo ‘divide y vencerás’ en el sector extractivo de Bolivia], *Development and Change*, 48/6 (2017), págs. 1439-1463, <<https://doi.org/10.1111/dech.12345>>.

- Stats NZ, “Māori population estimates: At 30 June 2020” [Estimaciones de la población maorí. A 30 de junio de 2020] (16 de noviembre de 2020), <<https://www.stats.govt.nz/information-releases/maori-population-estimates-at-30-june-2020>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Taonui, R., “Ngā māngai. Māori representation: Effect of Māori seats”, *Te Ara. The Encyclopedia of New Zealand* (20 de junio de 2012 [información actualizada el 15 de julio de 2016]), <<https://teara.govt.nz/en/nga-mangai-maori-representation/page-2>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- The Canadian Encyclopedia* [La Enciclopedia Canadiense], “Assembly of First Nations” [Asamblea de las Naciones Originarias] (7 de febrero de 2006 [información actualizada el 6 de agosto de 2019]), <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/assembly-of-first-nations>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- The Economic Times*, “Parliament passes bill to extend SC/ST reservation in legislatures” [El Parlamento aprueba un proyecto de ley para ampliar los asientos reservados de las castas y las tribus reconocidas en el Anexo 5 de la Constitución en las legislaturas] (12 de diciembre de 2019), <https://economictimes.indiatimes.com/news/politics-and-nation/parliament-passes-bill-to-extend-sc/st-reservation-in-legislatures/articleshow/72493721.cms?utm_source=contentofinterest&utm_medium=text&utm_campaign=cppst>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Tribunal de Waitangi, *Report on the Māori Community Development Act Claim* [Informe sobre la reclamación relativa a la Ley de Desarrollo de la Comunidad Maorí] (2014), versión previa a la publicación, <<https://waitangitribunal.govt.nz/assets/Documents/Publications/WT-Report-on-the-Maori-Community-Development-act-Claim.pdf>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- UCA News*, “India asserts Dalit converts have no right to contest polls” [India confirma que los dalitas conversos no tienen derecho a presentarse en las elecciones] (18 de febrero de 2021), <<https://www.ucaNews.com/news/india-asserts-dalit-converts-have-no-right-to-contest-polls/91457#>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Unión Interparlamentaria (UIP), *Más allá de los números: la participación parlamentaria de los pueblos indígenas. Informe sobre la encuesta* (Ginebra: UIP, septiembre de 2014), <<http://archive.ipu.org/pdf/publications/indigenous-sur-sp.pdf>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

- Universidad de Otago, “Māori ancestry verification” [Verificación de la ascendencia maorí] (s. d.), <<https://www.otago.ac.nz/study/otago666451.html#maori>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Venezuela, “Poder Electoral”, Consejo Nacional Electoral, Resolución núm. 200630-0024 (30 de junio de 2020).
- Wilson, G. N. y P. Selle, *Indigenous self-determination in Northern Canada and Norway* [La autodeterminación de los pueblos indígenas en el Norte del Canadá y Noruega], estudio núm. 69 (Institute for Research on Public Policy, febrero de 2019), <https://apo.org.au/node/218806?utm_source=APO-view&utm_medium=more-like-this&utm_campaign=resource-mlt>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Wong, T., “Why Singaporeans aren’t all glad to get the president they wanted” [Por qué no todos los singapurenses se alegran de tener la presidenta que querían], *BBC News* (13 de septiembre de 2017), <<https://www.bbc.co.uk/news/world-asia-41237318>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Xinhuanet, “Vanuatu passes bill to protect traditional knowledge and expression of culture” [Vanuatu pasa el proyecto de ley para proteger los conocimientos tradicionales y la expresión cultural] (17 de diciembre de 2019), <http://www.xinhuanet.com/english/2019-12/17/c_138637618.htm>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Yim, S., “The Reserved Election Mechanism: A step in the right direction for promoting multiracialism and protecting minority rights?” [El mecanismo de elección reservada: ¿un paso adelante en la promoción del carácter multirracial y la protección de los derechos de las minorías?], *Singapore Law Review*, 9/18 (2017), <<https://www.singaporelawreview.com/juris-illuminae-entries/2017/the-reserved-election-mechanism-a-step-in-the-right-direction-for-promoting-multiracialism-and-protecting-minority-rights>>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.
- Yong, C., “Parliament: 2017 presidential election will be reserved for Malay candidates, says PM Lee” [Parlamento: las elecciones presidenciales de 2017 estarán reservadas para los candidatos malayos, afirma el Primer Ministro Lee], *The Straits Times* (8 de noviembre de 2016), <<https://www.straitstimes.com/singapore/parliament-2017-presidential-election-will->

be-reserved-for-malay-candidates-says-pm-lee>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2021.

Acerca de la autora

Shireen Morris Ph.D es abogada constitucionalista y profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Macquarie de Sídney. Anteriormente fue investigadora posdoctoral McKenzie en la Facultad de Derecho de Melbourne, Australia, y asesora en temas relacionados a la reforma constitucional en el Instituto Cape York, también situado en Australia.. Shireen ha trabajado durante la última década sobre el reconocimiento constitucional indígena, en particular ha defendido la idea de una voz constitucional de las Primeras Naciones, y sigue asesorando a organizaciones como el Instituto Cape York e IDEA Internacional. Entre sus libros figuran *Radical Heart: Three Stories Make Us One* [Corazón radical: tres historias nos convierten en uno](MUP, 2018), *A Rightful Place: A Roadmap to Recognition* [Un lugar legítimo: una hoja de ruta hacia el reconocimiento] (Black Inc., 2017) y *A First Nations Voice in the Australian Constitution* [Una voz de las Primeras Naciones en la Constitución australiana] (Hart Publishing, 2020). Shireen también escribe sobre la libertad de expresión, la tecnología y la democracia, y el republicanismo australiano.

Acerca de IDEA Internacional

El Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional) es una organización intergubernamental cuya misión es promover la democracia a nivel mundial, como aspiración humana universal y facilitadora de desarrollo sostenible. Esto lo logramos apoyando el desarrollo, el fortalecimiento y la salvaguardia de las instituciones y los procesos políticos democráticos en todos los niveles. Nuestra visión es la de un mundo en el cual los procesos, actores e instituciones democráticas sean inclusivos y rindan cuentas y lleven desarrollo sostenible a todos.

¿Qué hace IDEA Internacional?

En nuestra labor nos concentramos en tres áreas de impacto principales: procesos electorales, procesos de redacción de constituciones, y participación y representación política. Los temas del género y la inclusión, la sensibilidad al conflicto y desarrollo sostenible se incorporan en todas nuestras áreas de trabajo.

IDEA Internacional ofrece análisis de las tendencias democráticas globales y regionales; produce conocimiento comparativo de buenas prácticas democráticas internacionales; ofrece asistencia técnica y desarrollo de capacidades sobre reformas democráticas a los actores que participan en los procesos democráticos; y convoca diálogos sobre temas relevantes para el debate público sobre la democracia y la construcción de la democracia.

¿Dónde actúa IDEA Internacional?

Nuestra sede se encuentra en Estocolmo. Contamos con oficinas regionales y nacionales en África, Asia-Pacífico, Europa y América Latina y el Caribe. IDEA Internacional es Observador Permanente de la ONU y está acreditada como institución de la Unión Europea.

<<http://www.idea.int>>

En Chile, los pueblos indígenas, que conforman alrededor de un 13 por ciento de la población, constituyen una minoría importante y muy desfavorecida . Al igual que muchos otros pueblos indígenas del mundo, fueron despojados de sus propiedades y discriminados por las fuerzas colonizadoras, y no contaron con ningún poder de decisión en la elaboración de las sucesivas constituciones que establecieron nuevos sistemas políticos en sus tierras. Por lo tanto, los pueblos indígenas de Chile están estructuralmente desempoderados y apenas pueden influir en el sistema político o en las decisiones políticas que afectan a sus derechos.

Este documento debe leerse conjuntamente con la herramienta para la evaluación de los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones (IPCAT) de IDEA Internacional, que analiza una serie de preguntas y además aporta explicaciones y ejemplos constitucionales comparativos a fin de ilustrar las distintas formas en que las constituciones de diversos países reconocen los derechos de los pueblos indígenas (IDEA Internacional, 2020) .



International IDEA

Strömsborg
SE-103 34 Estocolmo
Suecia
Teléfono: +46 8 698 37 00
Correo electrónico: info@idea.int
Sitio web: <https://www.idea.int>