

Propuesta de norma constitucional:
**Patrimonio cultural y los Pueblos y Naciones preexistentes al Estado y del
pueblo Tribal Afrodescendiente chileno**

viernes 14 de enero, 2022

De: Convencionales de Escaños Reservados Mapuche y otro/as.

Para: Mesa Directiva

I. FUNDAMENTOS

a. Patrimonio cultural

1. El significado dado históricamente al patrimonio cultural si bien ha sido puesto en cuestión por los diversos pueblos y naciones preexistentes, existe un consenso general de que éste debe, de todas formas ser protegido de forma integral, requiriendo una redefinición de patrimonio que sea culturalmente pertinente, incorporando para ello la autodeterminación de los pueblos, en cuanto derecho y como principio esencial para la comprensión y ejercicio de los derechos de los pueblos de manera efectiva y no colonial.
2. Tal autodeterminación se encuentra en distintos instrumentos internacionales, incluyendo la Carta de Naciones Unidas, que en su artículo 73 señala respecto a los Estados Miembros, que estos “ *se obligan:*
 - a. *a asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso;*
 - b. *a desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto (...)*”
3. El patrimonio cultural, tal como lo establece la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, es fundamental para su identidad cultural e incluso para la continuidad de los pueblos.
4. En esta línea la citada Declaración Americana señala en su artículo XIII: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras.”
5. Un punto clave de tal Declaración es que reconoce no sólo el patrimonio cultural tangible e intangible, sino que además incluye el histórico y ancestral.
6. En este sentido, el patrimonio de los pueblos y naciones, al estar íntimamente ligado con su identidad cultural, incorpora diversos ámbitos esenciales para el desarrollo de los pueblos,

como lo son la tierra, la cosmovisión, su espiritualidad, su religiosidad, sus ritos, ceremonias, instituciones, sus técnicas y saberes, su medicina, sus sitios arqueológicos y sagrados, su tierra y territorio, sus petroglifos, sus fósiles y sus restos humanos que han sido usurpados, entre otros elementos que configuran sus formas de vida. El patrimonio cultural no es un tipo de patrimonio aislado del resto de elementos que determinan la identidad de los pueblos, sino que como sus rasgos determinantes y distintivos, es todo lo que han construido, lo que siguen construyendo y reconstruyendo, es sus formas de agricultura, su forma de alimentarse y de organizarse, su sitios sagrados, su relación con sus tierras, todo aquello que determinan quiénes son y cómo eligen vivir. Es, en conclusión, todo aquello que compone su forma de vida y su cosmovisión.

7. En una realidad en que han sido sistemáticamente discriminados, expuestos a la globalización, al racismo, extractivismo y colonialismo, la protección de su patrimonio cultural, en los diversos ámbitos, resulta ser un pilar fundamental para la construcción de un Estado Plurinacional, que debe observar a la autodeterminación de los mismos pueblos, no responder a un agente externo que ha ejercido estas prácticas que les ha privado de su patrimonio cultural y de su identidad, y que aún hoy continúa privándoles, poniendo en riesgo la continuidad de los pueblos y naciones que no pertenezcan a la visión hegemónica.
8. El patrimonio cultural es la vida y la forma de vida de los pueblos, un elemento vivo y dinámico como lo son los mismos pueblos y naciones, considerando no solo el pasado, sino también el presente y futuro.

b. Patrimonio cultural y la autodeterminación

9. El estándar internacional respecto a los derechos de los pueblos indígenas, establece constantemente la intrínseca relación entre los diversos derechos y formas de ejercicio de estos, con la autodeterminación.

10. En esta línea, la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 3° señala: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultura”*, mientras que el artículo 11 establece:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”.

11. Por otro lado, la misma Declaración en su artículo 12 señala *“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.*

*2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.”*a su vez, el artículo 13 incorpora los derechos de los pueblos sobre tales elementos, como la posibilidad de transmitirlo a futuras generaciones:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.”

12. En la misma línea encontramos el artículo 15 de la Declaración, que señala:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.”

13. Mientras que el artículo 31 establece, de forma explícita el derecho de los pueblos sobre su patrimonio cultural y su propiedad intelectual:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.”

c. Derecho Comparado

14. Estas nociones, derechos y formas de protección al patrimonio cultural de los pueblos indígenas y por ende, su forma de vida e identidad cultural, ha sido reflejada de una u otra forma en diversas constituciones del continente que han procurado dar protección al patrimonio.

15. La Constitución de Bolivia por ejemplo, señala la protección del patrimonio cultural indígena en distintos apartados de su Constitución.

16. En primer lugar, el artículo 99 señala que el patrimonio cultural es inalienable, inembargable e imprescriptible, obligando al Estado, entre otros, al registro, protección, restauración, recuperación, revitalización. Agrega además la posibilidad de ejercer una acción popular.

17. Además, incorpora la protección al patrimonio natural, obligando a no comprometer la soberanía sobre los recursos naturales, para ello define el patrimonio cultural como las especies nativas de origen animal y vegetal, obligando al Estado a establecer las medidas necesarias para su conservación, aprovechamiento y desarrollo, incorporando la protección todos los recursos genéticos y microorganismos que se encuentren en los ecosistemas del territorio, así como los conocimientos asociados con su uso y aprovechamiento (artículos 346 y 381).

18. La Constitución de Brasil también otorga la posibilidad de ejercer una acción popular, respecto al patrimonio público, para el medio ambiente, el patrimonio histórico y cultural (artículo 72).

19. Por otro lado, la Constitución de Ecuador establece como deberes primordiales del Estado proteger el patrimonio natural y cultural del país (artículo 3). Mientras que el artículo 14 señala “Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.”

20. Además, a partir del derecho a la identidad cultural reconoce el derecho a acceder a su patrimonio cultural en el artículo 21 “Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales

y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas.”

21. Mientras que, en virtud de la identidad plurinacional del Ecuador, señala especialmente la responsabilidad del Estado en la materia, en el artículo 380: *“Velar, mediante políticas permanentes, por la identificación, protección, defensa, conservación, restauración, difusión y acrecentamiento del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza histórica, artística, lingüística y arqueológica, de la memoria colectiva y del conjunto de valores y manifestaciones que configuran la identidad plurinacional, pluricultural y multiétnica del Ecuador.”*

22. Por su parte, la Constitución de Colombia señala nuevamente la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los patrimonios e incluso de las tierras de “grupos étnicos”, en su artículo 63: *“Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables” y establece la posibilidad de readquirir cuando se encuentren en manos de particulares y las especialidad que tendrá para los “grupos étnicos”, “El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.” (artículo 72)* brindando además la posibilidad de acciones populares respecto al patrimonio y el ambiente (artículo 88)

23. Mientras que, Costa Rica señala en el artículo 89: *“Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el **patrimonio** histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico.”*

d. Régimen de protección

24. Sin embargo, es inevitable abordar la que respecto al patrimonio de los pueblos, este no pertenece al dominio público, sino que tal como establecen los instrumentos internacionales ya señalados, es parte de la autodeterminación de los pueblos y son éstos quienes han construido y siguen construyendo su identidad cultural, sus instituciones, su relación con la tierra y sus formas de vida.

25. En este sentido, es necesario distinguir cuándo hablamos de dominio público y la regulación que debieran tener los derechos de los pueblos, por cuánto de ser considerados de dominio público, se permitiría que los elementos -que el derecho internacional de los derechos humanos ha otorgado a los pueblos como parte de su derecho propio- puedan ser objeto de apropiación o de utilización indebida por parte de terceros.

26. En esta línea, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) recurre a principios y normas del Sistema de Propiedad Intelectual para salvaguardar el patrimonio indígena, evitar esta utilización indebida y garantizar la participación de los pueblos en los beneficios del uso y aprovechamiento de este patrimonio presente, pasado y futuro. Y es que, para la OMPI, el derecho de propiedad intelectual, el dominio público se configura por aquellos materiales intangibles que no están sujetos a derechos de propiedad intelectual exclusivos y

que, por tanto, se encuentran libremente disponibles para ser utilizados, explotados o reproducidos por cualquier persona.

27. Considerar los conocimientos tradicionales de los pueblos y su patrimonio como parte del dominio público ha permitido excluir a los pueblos de la protección y sido utilizado como justificación de su apropiación indebida por parte de terceros. Mientras que la propiedad intelectual, si bien puede proteger del uso de terceros, por sí sola puede dar paso a restricciones que impidan la regeneración y revitalización, al igual que impedir la posibilidad de expresiones contemporáneas de la identidad de los pueblos.

28. Así, el dominio público no respondería al estándar internacional al que se ha comprometido el Estado de Chile, mientras que la propiedad intelectual si bien permite la apropiación y usos indebidos del patrimonio de los pueblos, también produce insuficiencias para proteger de manera íntegra los derechos de los pueblos. Es entonces cuando debemos mirar aquello que el mismo derecho internacional como parte fundamental del ejercicio de los derechos de los pueblos: la autodeterminación.

29. Los sistemas jurídicos propios de cada pueblo establecen restricciones y condiciones sobre quién puede usar cierto conocimiento o bajo qué circunstancias (por ejemplo aquellos que son sagrados, que se consideran secretos, que consideran que han de ser compartidos a terceros, etc.), es decir, son regulados por el derecho propio o derecho consuetudinario de cada pueblo.

30. De esta forma, atendiendo las razones ya brindadas, el estándar internacional establecido respecto al patrimonio cultural, las diversas implicancias y elementos que este incorpora en la vida y formas de vivir de los pueblos, como las complejidades de dar una regulación que no provenga de los pueblos sino sólo una mirada jurídico-occidental, junto con la importancia del patrimonio cultural para los pueblos y naciones, nos lleva a presentar la siguiente propuesta de norma.

II. Propuestas de norma constitucional para ser discutidas en la Comisión de Sistemas de Conocimientos, Culturas, Ciencia, Tecnología, Artes y Patrimonios. (Comisión N°7)

Artículo X1. Del Patrimonio

1. Los pueblos y naciones preexistentes tienen derecho al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de su patrimonio cultural material e inmaterial, comprendiendo su patrimonio natural, genético, humano, y propiedad intelectual, considerando la naturaleza colectiva de los mismos, que ha sido transmitido de generación en generación.

2. Tienen derecho, además, a continuar transmitiendo este patrimonio cultural material e inmaterial de generación en generación, dado que constituyen la base de su existencia y

garantiza su continuidad colectiva e individual, al formar parte de la expresión e identidad de cada pueblo y nación. Dentro de este patrimonio cultural se ha de considerar los diversos elementos que lo configuran, tales como la flora y fauna, su tierra y territorio, mar y maritorio, sus sitios sagrados y arqueológicos, los materiales producto de sus técnicas, tecnologías, arquitectura, artes y ciencias, su escritura y literatura, expresiones orales, cantos y otras expresiones orales, diseños, sus ceremonias y ritos, su lengua y, especialmente, sus restos humanos.

3. La propiedad intelectual colectiva de los pueblos y naciones preexistentes comprende, los conocimientos y expresiones culturales tradicionales entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, su herencia cultural y memoria, el patrimonio cultural material e inmaterial, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna.

4. Para el pleno ejercicio de estos derechos se reconoce la autodeterminación de los pueblos, la relación con la tierra y el territorio, sus sistemas de conocimientos e instituciones propias. El patrimonio cultural y propiedad intelectual de los pueblos es inviolable, inembargable, indelegable e imprescriptible, respetando siempre su derecho e instituciones propias. Esta protección podrá incluir la adopción de medidas para reconocer, registrar y proteger la autoría individual o colectiva de los pueblos y naciones dentro de la regulación que se les brinde y debe impedir el uso no autorizado de las producciones científicas, literarias y artísticas de los pueblos y naciones por terceros.

5. El Estado, con la participación plena y efectiva de los pueblos y naciones, adoptará las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas. En la adopción de estas medidas, se realizarán consultas vinculantes, encaminadas a obtener el consentimiento libre, previo, informado y fundado de los pueblos indígenas.

Artículo X2: Rechazo a la asimilación

1. Los pueblos y naciones preexistentes y el pueblo tribal afrodescendiente chileno, tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación.

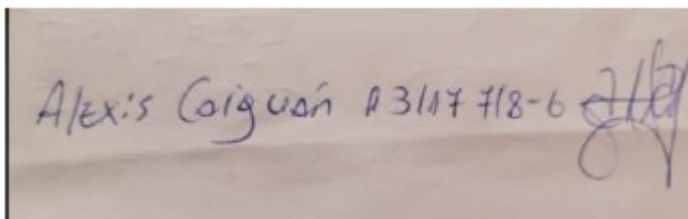
2. El Estado no deberá desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos y naciones preexistentes y el pueblo tribal afrodescendiente chileno, ni de destrucción de sus culturas.

Artículo X3: Sistemas de conocimientos, lenguaje y comunicación

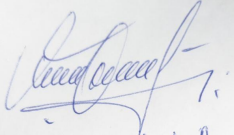
1. Los pueblos y naciones preexistentes al Estado y el pueblo tribal afrodescendiente chileno, tienen el derecho a rescatar, preservar, usar, desarrollar, revitalizar y transmitir a generaciones futuras sus propias costumbres, cosmovisiones, formas de alimentación, historias, lenguas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de conocimientos, escritura y literatura, y a designar y mantener sus propios nombres para la denominación de sus comunidades, individuos y lugares.
2. El Estado deberá adoptar medidas adecuadas y eficaces para proteger el ejercicio de este derecho con la participación plena y efectiva de los pueblos y naciones preexistentes.
3. Los pueblos y naciones, tienen derecho a promover, mantener y desarrollar todos sus sistemas y medios de comunicación, incluidos sus propios programas de radio y televisión, y acceder en pie de igualdad a todos los demás medios de comunicación e información. El Estado tomará medidas para promover y asegurar la transmisión de programas de radio y televisión en sus propias lenguas, particularmente en sus territorios y donde tengan presencia. El Estado apoyará y facilitará la creación de radioemisoras, televisoras y canales digitales, así como otros medios de información y comunicación libres, asegurando el espacio igualitario para la transmisión eficaz de estos.
4. El Estado, en conjunto con los pueblos y naciones, garantizará que dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en sus propias lenguas en procesos administrativos, políticos y judiciales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Firman:

1. Alexis Caiguan Ancapan
2. Victorino Antilef Ñanco
3. Natividad Llanquileo Pilquimán
4. Machi Francisca Linconao
5. Isabel Godoy Monárdez
6. Margarita Vargas López
7. Ivanna Olivares Miranda
8. Cristina Dorador Ortiz
9. Alejandra Pérez Espinoza
10. Lissette Vergara Riquelme
11. Giovanna Grandón Caro

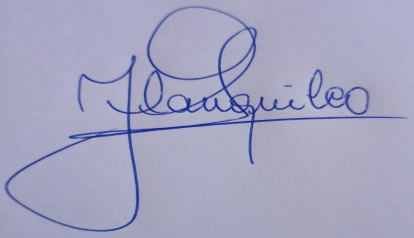


Alexis Caiguan Ancapan
13.117.718-6




Victorino Antiñef Nanco
10.635.125-2

Victorino Antiñef Nanco
10.635.125-2

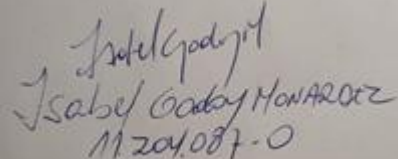


Natividad Llanquileo Pilquimán
15.880.046-2



FRANCISCA LINCONAO HUIRCAPÁN
8.053.200-8


Machi Francisca Linconao Huircapán
8.053.200-8



Isabel Godoy Monárdez
11.204.087-0

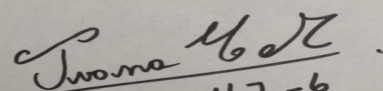
Isabel Godoy Monárdez
11.204.087-0

Margarita Vargas López
9.759.494-5



Margarita Vargas López
9.759.494-5

Ivanna M. O.
17.486.167-6
Ivanna Olivares
Miranda.

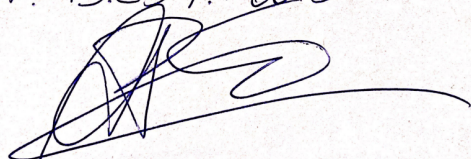


Ivanna Olivares Miranda
17.486.167-6



Cristina Dorador Ortiz
13.868.768-6

Alejandra Perez Espina
RUT: 13.251.766-5

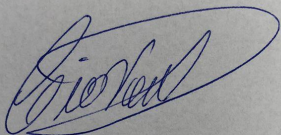


Alejandra Perez Espina
13.251.766-5



Lisette Lorena Vergara Riquelme
18.213.926-2

Lisette Vergara Riquelme
18.213.926-2



GIOVANNA GRANDON CARO
12.888.957-4

Giovanna Grandon Caro
12.888.957-4