



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**EL PROBLEMA DE LA INTEGRACIÓN DE LOS PUEBLOS
ORIGINARIOS A LO LARGO DE LA HISTORIA REPUBLICANA DE
CHILE, CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LA LEY N°19.253 Y
CONVENIO N°169 DE LA OIT**

LUIS FERNANDO CABELLO ROMERO

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al
grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesora Guía: Paula Videla del Real

Santiago, Chile

2014

*A mi querida madre,
por nunca perder la fe en mi,
y apoyarme siempre con su amor y esfuerzo.*

Agradezco sinceramente a la profesora doña Paula Videla del Real por su gran ayuda y la orientación entregada en el proceso de investigación y redacción de esta tesis. Sin su ayuda este trabajo no hubiese sido posible.

“Cosas diré también harto notables
de gente que a ningún rey obedecen,
temerarias empresas memorables
que celebrarse con razón merecen,
raras industrias, términos loables
que más los españoles engrandecen
pues no es el vencedor más estimado
de aquello en que el vencido es reputado.”
-La Araucana, Alonso de Ercilla y Zúñiga.

RESUMEN: En nuestro país, es preciso saber si efectivamente las *etnias* o *pueblos* originarios de Chile, han sido integradas dentro de la sociedad, a lo largo del desarrollo republicano del país, y especialmente a la luz de la legislación vigente conformada fundamentalmente por la Ley Indígena N°19.253 y el Convenio N° 169 de la OIT.

Palabras clave: Indígenas, integración, políticas integracionistas.

ABSTRACT: In our country, it is precise to know if the indigenous peoples of Chile, has been integrated to the society, through the Republic, and especially with the actually legislation, fundamentally the Indigenous Law No. 19.253 and the ILO Convention No. 169.

Key words: Indigenous, integration, integrationist policies.

Tabla de contenido

RESUMEN:	v
ABSTRACT:	v
HIPÓTESIS	x
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO PRIMERO APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE INDÍGENA Y DE DERECHO INDÍGENA	3
1. Introducción	3
2. Concepto de indígena	3
3. Concepto de derecho indígena	9
CAPITULO SEGUNDO REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS DE CHILE, A LA LUZ DEL INFORME DE LA COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS	11
1. El informe de la comisión de verdad histórica y nuevo trato con los pueblos indígenas. Aspectos preliminares	11
1.1. Nociones previas	11
1.2. Contenido del Informe	11
2. Historia del tratamiento jurídico de los pueblos indígenas, conforme a los lineamientos del informe	13
2.1. Consideraciones previas	13
2.2. Tratamiento jurídico respecto de cada pueblo originario en particular.....	18
2.2.1. Referencia a los Indígenas de Chile Central	18
2.2.2. El Pueblo Aymara.....	25
2.2.3. El Pueblo Lickanantay, Kunza o Atacameño	35
2.2.4. El Pueblo Quechua	42
2.2.5. El Pueblo Colla.....	45
2.2.6. El Pueblo Diaguita.....	50
2.2.7. El Pueblo Rapa Nui	53
2.2.8. El pueblo Mapuche.....	65
2.2.9. Los Pueblos Indígenas Australes: Aónikenk, Selk' nam, Yaganes y Kawésqar.....	76

2.2.9.1. Los Aónikenk	77
2.2.9.2. Los Selk'nam	78
2.2.9.3. Los Yagán	80
2.2.9.4. Los Kawésqar.....	82
2.2.9.5. Los pueblos indígenas australes y la Ley 19.253.	83

CAPITULO TERCERO ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA LEY 19.253 QUE ESTABLECE NORMAS SOBRE PROTECCION, FOMENTO Y DESARROLLO DE LOS INDIGENAS, Y CREA LA CORPORACION NACIONAL DE DESARROLLO INDIGENA.85

1. Introducción	85
2. Breve referencia a su origen.....	85
3. Principales derechos contenidos en la ley 19.253, y análisis crítico de sus disposiciones.....	86
3.1. Derechos políticos y participatorios	87
3.2. Derecho a la tierra y al agua.....	88
3.3. Derechos Culturales.	90
3.4. Derecho al desarrollo	91
4. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI.....	92
5. La Ley 19.253 y el estándar internacional sobre derechos indígenas	94

CAPITULO CUARTO ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL CONVENIO N° 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO96

1. Introducción	96
2. Principales aspectos del Convenio N° 169 de la OIT	99
3. Principales derechos contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT	100
3.1. Derechos Políticos.....	101
3.1.1. La consulta.....	101
3.1.2. Derecho a participar en la toma de decisiones	102
3.1.3. Derechos de autonomía y autogestión	103
3.1.4. Reconocimiento del derecho consuetudinario	104
3.2. Derecho de tierras y territoriales, recursos naturales y medio ambiente.....	105
3.2.1. Derecho al territorio.....	105

3.2.2. Tierras y territorio.....	105
3.2.3. Derecho a la propiedad y posesión sobre las tierras tradicionalmente ocupada.	106
3.2.4. Derecho sobre los recursos naturales.....	107
3.2.5. Derecho a recursos del subsuelo.....	107
3.2.6. Derecho a no ser trasladados sino con su consentimiento, derecho a poder regresar y a ser indemnizados.....	108
3.2.7. Derecho a las modalidades tradicionales de transmisión.....	109
3.3. Derechos económicos, sociales y culturales	109
3.3.1. Derechos culturales.....	109
3.3.2. Contratación, condiciones de empleo, formación profesional, artesanía e industrias rurales 110	
3.3.3. Seguridad social y salud	112
3.3.4. Derecho a la Educación, empleo de la lengua vernácula, y medios de comunicación.....	112
3.3.5. Relaciones entre pueblos indígenas a través de las fronteras.....	114
4. Aplicación del Convenio N° 169 en el Derecho Chileno	114
4.1. Rango Jerárquico.....	114
4.2. Autoejecutabilidad o no de las disposiciones del Convenio N° 169.....	116
4.3. Obligatoriedad y mecanismos de ejecución del Convenio N° 169	119
 CAPITULO QUINTO EL PROBLEMA DE LA INTEGRACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EN VIRTUD DE LA LEY 19.253 Y EL CONVENIO N° 169 OIT.....	120
1. Consideraciones previas	120
2. Integración, Nación y Pueblo	120
3. El problema de la integración en nuestra legislación vigente: Ley 19.253 y convenio 169 OIT	124
3.1. El problema de la integración de los pueblos indígenas en la Ley 19.253.	124
3.2. El problema de la integración de los pueblos indígenas en el Convenio N° 169 de la OIT.....	126
4. El reconocimiento constitucional, tarea pendiente	127
5. Breve referencia al tratamiento indígena en el derecho comparado. Posibles propuestas	129
5.1. Experiencia Neozelandesa.....	130
5.2. Experiencia Canadiense	132

5.3. El aporte para las políticas indígenas en Chile que estas experiencias comparadas pueden brindar	135
CONCLUSIÓN	136
BIBLIOGRAFÍA	138

HIPÓTESIS

El tema central del presente trabajo es abordar el problema de la integración – o la no integración- de las *etnias* o *pueblos* originarios de Chile, términos a los cuales aludiremos indistintamente, dentro de la sociedad, a la luz de experiencias relevantes de derecho comparado y de la legislación vigente, especialmente la Ley Indígena N°19.253 y el Convenio N° 169, para lo cual nos hemos servido de un análisis de la legislación a través de la historia, en particular republicana, que se ha aplicado a los indígenas por parte del Estado, enmarcado fundamentalmente respecto de los planteamientos arrojados en el Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, rescatando sus planteamientos, por ser el principal documento oficial del Estado en efectuar un análisis de una historia no siempre relatada de los diversos pueblos indígenas del territorio nacional, sobre su condición jurídica a lo largo de los siglos en sus relaciones con el Estado, y por formular propuestas para sucesivos gobiernos, a partir de la administración del ex presidente de la República Ricardo Lagos Escobar, que se traduzcan en políticas públicas que contribuyeren efectivamente a la integración ya latamente postergada de las etnias indígenas dentro de la sociedad chilena.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo intenta dilucidar si tras doscientos años de vida republicana, y sobre todo tras veinte años de la dictación de la Ley Indígena vigente, N° 19.253, y de los cinco años de vigencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, como ley de la República, se ha propendido o no la integración de los pueblos indígenas, o *etnias* como señala la ley, dentro de la sociedad chilena.

Durante el transcurso de la Historia de Chile, los distintos gobiernos aplicaron diversas políticas respecto de éstos habitantes del territorio que se formaba, y de esas políticas primó una sobre todo: el *integracionismo*. Pero dichas políticas integracionistas, estaban fundadas en asimilar a los indígenas a la nación chilena, erradicando el pasado, la cosmovisión propia, y todo atisbo de identidad primigenia superviviente a los siglos de dominio español. Todo lo anterior, por ser considerado “salvajismo” y “barbarie”, atraso que obstaculizaba a la civilización y su futuro lleno de progreso.

En primer lugar, se introduce este trabajo con algunas nociones previas, cuales son los conceptos de Indígena y de Derecho Indígena.

Pero para conocer la situación actual de los pueblos indígenas de nuestro país, y si en efecto puede hablarse de integración de los pueblos originarios, luego se analiza su devenir histórico, esto es, la historia de su relación con el Estado, y más propiamente de la respuesta normativa o legal que el Estado fue dando a estos habitantes que paulatinamente fueron incorporados -aunque ellos ya estaban aquí antes de cualquier concepción actual de Estado- al territorio de lo que actualmente es Chile; hasta ir encontrando las historias de las diversas etnias un paradero común en la década de 1990, plasmada en la Ley N° 19.253 del año 1993.

Luego, se efectúa un análisis de la legislación vigente en materia de Derecho Indígena, a saber la señalada Ley N° 19.253 y el Convenio 169 de la OIT, en sus principales aspectos.

El trabajo finaliza con el tema que motiva éste trabajo, cual es el problema de la integración de los pueblos indígenas u originarios en virtud de la Ley 19.253 y el Convenio

169 de la OIT, incluyendo una breve referencia a la experiencia en el derecho comparado respecto a ésta materia.

CAPITULO PRIMERO
APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE INDÍGENA Y DE DERECHO
INDÍGENA

1. Introducción

Pocas, acaso ninguna, otra rama del Derecho, se vincula tanto a otras ciencias sociales como sucede con el Derecho Indígena. Desde ya, han sido otras ciencias sociales, antes que el Derecho, como la Historia, la Antropología o la Sociología, en forma separada o conjuntamente, las que se han encargado de delinear la situación y realidad de las etnias indígenas o pueblos originarios, entre otras denominaciones, para designar este segmento humano que habita diversos países, no solo dentro de América. Por ello, el estudio jurídico aplicable a estos grupos humanos, se encuentra íntimamente ligado precisamente, a su Historia, y a sus variables antropológicas o sociológicas.

Antes de todo análisis al tratamiento jurídico de las etnias indígenas en Chile, es menester, primero, definir que ha de entenderse por *indígena*, para luego definir el Derecho Indígena.

2. Concepto de indígena

En nuestro país existen comunidades cuya lengua, religión, valores e historia difieren del resto de la población, y desde hace siglos ocupan y se identifican con el mismo territorio. Se les conoce con el nombre de etnias indígenas¹.

Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la voz *indígena* significa “originario del país de que se trata”. Por su parte, la voz *indio* “Se dice del indígena de América, o sea de las Indias Occidentales, al que hoy se considera como descendiente de aquel sin mezcla de otra raza”. A los miembros de las etnias originarias de América se les denomina *indígenas* o *indios*, términos que provienen del error histórico en que Colón incurriera al llegar a las costas de éste continente, creyendo haber desembarcado

¹ SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio. *Historia Contemporánea de Chile. Tomo II. Actores Identidad y Movimiento*. Santiago, Chile. Editorial Lom, 1999.. Pág 137.

en India; y que no dan cuenta de la diversidad étnica que caracteriza a los descendientes de los pueblos precolombinos.²

Pero más allá de lo apropiado o no del término, es necesario precisar qué realmente define a *lo indígena*. Por de pronto, es menester determinar la calidad de indígena, para tener certeza de las normas que a la sazón pudiesen aplicárseles o bien de los derechos que a éstos pudiesen corresponder. Por ello es imperativo precisar qué se entiende por indígenas y quienes revisten tal calidad. De diversos criterios se han valido las ciencias sociales para definir éste concepto. Bajo un criterio *cultural*, se entiende por indígena a quien habitualmente habla un idioma y practica costumbres reputadas de tales³. Otro criterio consiste en la *autoidentificación* de indígena, considerarse así mismo, con una identidad y espacio donde las personas reconocen lo que les pertenece, constituyéndolos como tales y diferenciándolos de los otros⁴. Fuera del campo de las ciencias sociales, también se han esbozado criterios *biológicos*, en el cual se tiene por indígena a aquel que es definido como tal por el resto de la población, y que al mismo tiempo, presenta características culturales y fenotípicas asociadas a aquélla definición⁵. El *emplazamiento histórico* dentro del esquema del poder y de la estructura socioeconómica del país constituye otro rasgo que definiría a los indígenas; como sector colonizado en la Conquista, y en la actualidad, tras dos siglos de diversas políticas estatales que han oscilado entre la discriminación e interdicción por un lado, y la libertad e integración por el otro⁶, igualmente continúan conformado un grupo políticamente impotente, socialmente discriminado y económicamente pauperizado⁷.

Pero la cuestión de definir a lo indígena, está enmarcada dentro de un contexto global, más allá de las fronteras chilenas en particular, y latinoamericanas o derechamente americanas en general. Éste concepto se ha universalizado⁸. De ésta forma, el concepto *indígena*, se ha impuesto por sobre otras denominaciones como nativos, pueblos originarios, pueblos

²Ibídem. Pág. 138.

³Ídem.

⁴Ídem.

⁵Ibídem. Pág. 139.

⁶DÍAZ del Río, Eduardo. *Los Araucanos y el Derecho*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006. Pág. 47.

⁷SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio. *Historia Contemporánea de Chile. Tomo II*. Op.cit. Pág. 139.

⁸CASTRO Lucic, Milka. *La universalización de la condición indígena*. **Alteridades, México**. 18(35):21-32. Enero 2008. 2006. Pág. 5.

autóctonos, primeros pueblos, aborígenes, minorías étnicas o tribus, el cual se ha instalado y aceptado progresivamente en el ámbito jurídico, político, gubernamental e internacional⁹.

El criterio que más ha primado en el orbe internacional al respecto, ha sido precisamente el sometimiento de relaciones coloniales al cual se vieron expuestos diversos pueblos en América, Australia y Nueva Zelanda, África y Asia.

De ésta manera, si bien aún no prima un total consenso al respecto, una definición mundialmente aceptada parece ser la propuesta por el Relator Especial de Naciones Unidas José Martínez Cobo, en el año 1981, en su informe final del “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”: “Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales”¹⁰. Como aspectos diametrales de ésta definición se encuentran, en primer lugar, el constituir un segmento rezagado y relegado dentro de la sociedad de sus respectivos países; y en segundo lugar, la continuidad histórica con sus ancestros precolombinos, con miras a una proyección hacia el futuro de aquella identidad. Sin embargo, el concepto inmediatamente se amplía a la consideración de otros criterios, por cuanto la continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un largo periodo de tiempo que se prolongue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores: 1°.- la ocupación de tierras ancestrales o parte de ellas; 2°.- ascendencia común con los ocupantes de dichas tierras; 3°.- cultura en general o ciertas manifestaciones específicas, tales como la religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, vestimentas típicas, o medios y estilos de vida; 4°.-un idioma, sea que se utilice como lengua única, materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o familia, o como lengua principal, preferida, habitual o normal; 5°.- la residencia en

⁹ Ídem.

¹⁰ Citado por CASTRO Lucic, Milka. La universalización de la condición indígena... Op.cit. Pág. 2.

ciertas zonas de un país o regiones del mundo; 6°.- otros factores que se estimen pertinentes¹¹. Por su parte, desde el punto de vista individual, se entendería por persona indígena a todo aquel que pertenece a esa población por una autoidentificación como indígena, esto es, una conciencia de grupo, y por ser reconocida y aceptada por esa población como uno de sus miembros, es decir una aceptación de grupo¹².

Más aún, el concepto de autoidentificación se ha tornado en un criterio fundamental para la consideración a la hora de definir *lo indígena*. Así, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, primer instrumento en el plano internacional que ha dejado en claro la importancia de la conciencia de identidad, señala al respecto: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.¹³”

Ahora bien, volviendo al plano nacional, en el proceso de conformación del Estado, uno de los mayores desafíos fue deshacer las diferencias culturales de los habitantes del país, con el objeto de crear una Nación unificada¹⁴. Así ha sido por doscientos años. Culturalmente, sin embargo, los miembros de una etnia indígena se perciben distintos y así son percibidos por el resto de la población. Ellos tienen conciencia de pertenecer a una comunidad cuya cultura nutre una suerte de “honor colectivo”, por encima de toda consideración de clase, pues de él participa cualquier miembro del grupo étnico, independiente de su posición social¹⁵.

En los años sesenta, se calculaban cerca de 240.000 indígenas y mestizos que compartían un mismo modo de vida, de un total de 7.550.991 habitantes, de los cuales se habrían estimado 127.151 como araucanos, y sin tenerse mayor información respecto de los indígenas del norte¹⁶. De aquellos años, emana la primera definición legal, establecida en la Ley 17.729 de 1972, hoy derogada, en su artículo 1° principalmente en el N° 3, teniéndose

¹¹ Ídem.

¹² Ídem.

¹³ Artículo 1 parte 2. El Convenio N° 169 fue adoptado por la Conferencia General de la OIT con fecha 27 de Junio de 1989, siendo ratificado por Chile recién hacia el año 2008, promulgándose en virtud del Decreto N° 238 con fecha dos de octubre de aquél año, y entrando en vigencia el 15 de Septiembre de 2009.

¹⁴ CASTRO Lucic, Milka. La universalización de la condición indígena... Op.cit. Pág.8.

¹⁵ SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio. *Historia Contemporánea de Chile...* Op.cit. Pág. 137.

¹⁶ CASTRO Lucic, Milka. La universalización de la condición indígena... Op.cit. Pág. 8.

por indígena a “aquellas personas que habitando en cualquier lugar del territorio nacional, formen parte de un grupo que se exprese habitualmente en idioma aborígen y se distinguen de la generalidad de los habitantes de la República por conservar sistemas de vida, normas de convivencia, costumbre, formas de trabajo o religión, provenientes de los grupos étnicos autóctonos del país.”¹⁷

En 1992, con la realización del Censo aquél año, pudo conocerse concretamente el panorama étnico de Chile¹⁸, arrojando una población indígena cercana al millón de personas¹⁹. Hasta entonces se suponía que sobrevivían como pueblos que conservaban su cultura y lenguaje, circunscritos a los mapuche, aymara y rapanui. Por éste motivo, la autoidentificación cobró una notoria relevancia a partir de la década de los noventa al momento de abordar la cuestión indígena, al menos en la voz de los sectores indígenas clamando por justicia y reconocimiento hacia su condición²⁰. Esto se consideró, en alguna medida, en la Ley N° 19.253 de 5 de Octubre de 1993, que establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, dictada bajo el mandato del presidente Patricio Aylwin Azócar, que aún rige como principal cuerpo normativo en la regulación del tratamiento indígena en nuestro país. Sin proporcionar una definición, señala en su artículo 1º²¹: “El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. El Estado reconoce como principales etnias indígenas

¹⁷ RAVEST Ibarra, Maximiliano. *El reconocimiento de los pueblos indígenas en los textos constitucionales. Breve análisis del Derecho Comparado. Derecho y Humanidades, Pontificia Universidad Católica.* (17, 2011):91-118. 2011. Pág. 95.

¹⁸ CASTRO Lucic, Milka. La universalización de la condición indígena... Op.cit. Pág. 8

¹⁹ El total de la población indígena por etnia fue: Mapuche 928.060; Aymara 48.447; Rapanui 21.848; Atacameña 10.000; Kawesqar 101; y Yámanas 64. Aonikenk y Selk'nam extintos. Citado por SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio. *Historia Contemporánea de Chile...* Op.cit. Pág. 138.

²⁰ En el Censo de 1992 se recurrió a la autoidentificación étnica como criterio rector, mientras que en el Censo de 2002 se adoptó la pertenencia de cada persona a uno de los ocho pueblos reconocidos, hasta entonces, en la Ley N° 19.253, salvo la etnia Diaguita que fe incluida en el año 2006. La población en Chile hacia 2002 era 15.116.435 habitantes, de los cuales 692.192 personas, correspondiente al 4,6% del total de la población, dijeron pertenecer a uno de los ocho pueblos considerados en aquél instrumento Censal. Instituto Nacional de Estadísticas. *Estadísticas Sociales de los Pueblos Indígenas en Chile, Censo 2002.* Santiago, 21 de Marzo de 2005. Págs. 7 a 11. Las cifras arrojadas por el más reciente censo de 2012, aún no pueden ser conocidas.

²¹ Párrafo 1º “Principios Generales”, Título I “De los Indígenas, sus Culturas y sus Comunidades”. El subrayado es nuestro.

de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes (...).” Como puede apreciarse, la norma enumera las *principales etnias* que el estado reconoce, lo cual no ha de interpretarse taxativamente, dando cabida al reconocimiento de otras *etnias* no expresamente enumeradas, concurriendo las circunstancias que señala la ley. Por su parte, el artículo 2 de la norma en comentario²², señala aquellas circunstancias bajo las cuales se considerará a una persona de nacionalidad chilena como indígena. Al efecto dispone: “Se considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos: a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva; Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes descendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2²³. b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena; Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas.” De ésta manera, la propia ley enmarca quiénes se entenderán “catalogados” como indígenas para efectos de la aplicación que la misma norma habrá de darles.

²² Párrafo 2º “De la Calidad de Indígena”, del mismo Título I.

²³ “Artículo 12.- Son tierras indígenas: 1º Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos: a) Títulos de comisario de acuerdo a la ley de 10 de junio de 1823. b) Títulos de merced de conformidad a las leyes de 4 de diciembre de 1866; de 4 de agosto de 1874, y de 20 de enero de 1883. c) Cesiones gratuitas de dominio efectuadas conforme a la ley N° 4.169, de 1927; ley N° 4.802, de 1930; decreto supremo N° 4.111, de 1931; ley N° 14.511, de 1961, y ley N° 17.729, de 1972, y sus modificaciones posteriores. d) Otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas, tales como, la ley N° 16.436, de 1966; decreto ley N° 1.939, de 1977, y decreto ley N° 2.695, de 1979, y e) Aquellas que los beneficiarios indígenas de las leyes N° 15.020, de 1962, y N° 16.640, de 1967, ubicadas en las Regiones VIII, IX y X, inscriban en el Registro de Tierras Indígenas, y que constituyan agrupaciones indígenas homogéneas lo que será calificado por la Corporación. 2º Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.(...)”

El Convenio N° 169 de la OIT -al que ya hemos aludido-, tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente, y que por tanto se considera ley de la República; y que además, por versar sobre materias de Derechos Humanos tiene rango constitucional, igualmente, a más del criterio de autoidentificación, considera su aplicación: “a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella”²⁴.

No obstante la importancia que ha cobrado la autoidentificación de la condición indígena, en nuestro derecho aún no podemos vislumbrar un concepto exacto al respecto.

De ésta manera, volvemos al punto de partida. Qué ha de entenderse por *indígena*. Qué criterio es el más válido o apropiado para definir de alguna manera en qué consiste la categoría de *indígena*. Quizás ninguno de ellos en particular con exclusión de los otros criterios; sino una conjugación de estos diversos factores. Así parece demostrarlo la definición que proporciona José Martínez Cobo.

3. Concepto de derecho indígena

Cuestión importante, ahora, es dilucidar qué ha de entenderse por Derecho Indígena.

Por Derecho Indígena, en Chile, se ha entendido principalmente como el conjunto de normas estatales dictadas para regular las peculiaridades culturales, ambientales y

²⁴ Artículo 1 Parte 1. El Convenio, en el mismo artículo, Parte 3, expresa luego que “[l]a utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.” En Chile, el término “pueblo” ya se consideraba atentatorio a la unidad de la Nación, por el aspecto de autodeterminación que implica en el ámbito internacional, razón por la cual la Ley 19.253 emplea la voz “etnia” para designar al colectivo indígena.

patrimoniales de los pueblos originarios²⁵. Vendría ser una rama del ordenamiento jurídico positivo estatal, una respuesta normativa a las comunidades humanas que le preceden en la ocupación y organización del territorio nacional²⁶.

Por Derecho Indígena, también se entiende, desde un punto de vista interno o propio, al conjunto de relaciones, generalmente consuetudinarias, que rigen al interior de una comunidad indígena, y que pueden considerarse como una ordenación de tipo jurídica²⁷.

En el ámbito del Derecho Internacional, los Derechos de los Pueblos Indígenas constituyen una rama dentro de los Derechos Humanos, llamados de Tercera Generación, en los cuales se reconoce un sujeto de derecho distinto del individuo, cual es el sujeto colectivo²⁸. Su surgimiento se debe, respecto de los pueblos indígenas, a la discriminación y el trabajo forzado de que eran objeto²⁹.

Sin embargo, para todos los efectos, hemos de considerar al Derecho Indígena, como rama del Derecho Público, desde su relación estatal con la colectividad indígena, toda vez que es el Estado quien comienza a realizar una respuesta normativa positiva al enfrentar la cuestión indígena con el correr del tiempo. Con todo, en algunos casos debe hacerse referencia también el derecho consuetudinario interno de cada pueblo, el que no pocas veces se ha visto en contraposición con el ordenamiento positivo nacional.

En éste sentido, se analiza igualmente la Historia Indígena, desde las relaciones del Estado con los pueblos originarios, sin separarse del tratamiento jurídico que les fue dado, como veremos a continuación.

²⁵ ESCUELA DE DERECHO. Universidad Católica del Norte. *Normativa Nacional e Internacional sobre Pueblos Indígenas*. Editorial Librotecnia. Antofagasta, Chile. 2010. Pág. 13.

²⁶ Ídem.

²⁷ Ídem.

²⁸ Derechos Humanos de Tercera Generación, Derechos Colectivos y Derechos de los Pueblos Indígenas y su Titularidad. [En Línea] Instituto Igualdad, Programa de Asesoría Legislativa. 2010. [fecha de consulta: 29 de Junio de 2013]. Disponible en: < <http://www.igualdad.cl/wp-content/uploads/2010/11/MINUTA-N%C2%B0-28.pdf>> Pág. 2.

²⁹ Ídem.

CAPITULO SEGUNDO
REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO
JURÍDICO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS DE CHILE, A LA LUZ DEL
INFORME DE LA COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO
CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. El Informe De La Comisión De Verdad Histórica Y Nuevo Trato con los pueblos indígenas. Aspectos preliminares.

1.1. Nociones previas

Se ha considerado importante seguir de cerca el texto del Informe, pues viene a constituir un notorio avance en las políticas de Estado respecto de los Pueblos Indígenas, independiente de sus logros en el plano político y jurídico práctico, antes bien, en su papel de “oficializar” en cierto modo un relato y una historia de los pueblos indígenas, para una apertura en el entendimiento de su situación, que pudiese servir de precedente para posteriores y más concretas políticas públicas

1.2. Contenido del Informe

Dos fueron los enfoques que la Comisión debió desarrollar en su Informe Final: La Verdad Histórica de los Pueblos Indígenas y el Nuevo Trato del Estado para con ellos. Por tales razones, la Comisión indagó en la historia de Chile, poniendo atención en el trato que desde la misma Constitución de la República recibieron los pueblos indígenas y, junto con lo anterior, discernió y deliberó acerca de cuáles debían ser las bases institucionales de un nuevo trato hacia esos pueblos. El Nuevo Trato, a la luz del Informe, debía ser *“un intento, en cierta medida, de corregir los errores, a veces inevitables, que el Estado de Chile cometió al tratar con ellos (...). Los pueblos indígenas sienten su cultura amenazada y se ven a sí mismos como víctimas de un proceso histórico en el que fueron condenados – a*

veces con violencia -a la invisibilidad y a la exclusión. (...) La Nación chilena se constituyó sobre la base de asimilar – a veces mediante la fuerza- a esos pueblos.”³⁰

El Informe se estructura en cuatro volúmenes. El Volumen I corresponde propiamente al Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, que consta de una Presentación, una Introducción, y dos Partes. La Primera Parte se titula “Historia de los Pueblos Indígenas de Chile y su Relación con el Estado”, que trata la historia de los pueblos indígenas desde sus inicios en el actual territorio de la República en general, la historia de los Pueblos del Norte, del pueblo Rapa Nui, del pueblo Mapuche y de los pueblos del extremo Sur. La Segunda Parte se titula “Propuestas y Recomendaciones para un Nuevo Trato entre El Estado, Los Pueblos Indígenas y la Sociedad Chilena”. Además éste volumen consigna un apartado de bibliografía y varios anexos. Los restantes Volúmenes del Informe son principalmente Anexos: así el Volumen II titulado “Anexo: Resultados del Estudio relativo a la propiedad actual de las tierras comprendidas en 413 Títulos de Merced de la Provincias de Malleco y Cautín” presenta información acerca de la situación de las tierras mapuche; el Volumen III titulado “Anexo: Informes Finales de los Grupos de Trabajo” reúne las versiones completas y originales de los informes finales elaborados y puestos a consideración de la Comisión por los Grupos de Trabajo Temáticos y Territoriales; y por último el Volumen IV titulado “Anexo: Actas de la las Sesiones de la Comisión”, reúne las actas levantadas en las sesiones plenarias de dicha Comisión.

En síntesis, el Informe hace un examen de la historia de los pueblos indígenas, reconociéndolos como los primeros pueblos constituidos en el territorio que hoy ocupa la República de Chile, siendo su historia extensa, remontándose a miles de años; y aborda la relación de los pueblos indígenas con el Estado chileno, conteniendo un conjunto de propuestas y recomendaciones para posibilitar un nuevo trato entre ambos.

³⁰ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*. [En línea]. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2008. [Fecha de consulta: 20 de enero de 2013]. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/27374.pdf>> . Pág. 26.

2. Historia del tratamiento jurídico de los pueblos indígenas, conforme a los lineamientos del informe

2.1. Consideraciones previas

Lo primero que es preciso destacar respecto del análisis historiográfico que realiza el Informe³¹, es que éste habla de “Historia Indígena” en la medida que ésta si sitúa en sus relaciones con el Estado, pasando en sus diversas fases desde el Estado Monárquico luego de la conquista española, hasta la República Democrática tras la independencia de la Corona.

Ahora bien, desde antaño el territorio de Chile, así como el de la mayor parte de América, ha estado poblado por diversos grupos humanos los cuales subsistían principalmente de la caza y de la recolección. La historiografía data la ocupación del territorio que hoy ocupa Chile desde hace más de diez mil años. Paulatinamente estos grupos humanos se irían apropiando del territorio, así como domesticando, en mayor o menor medida, los recursos naturales que la tierra les brindaba, lo que les permitiría desarrollar sociedades y culturas únicas y originales. De tal modo, según expresa el Informe, “cada pueblo indígena tiene su propia historia. Más aún, la mayor parte de los Pueblos Indígenas de Chile se desarrolló a lo largo de la historia con relativa independencia unos de otros”³². En efecto, por un largo periodo de la historia de nuestros pueblos originarios, cada uno de ellos prosperó y se desarrolló en forma relativamente autónoma e independiente, si bien entre algunos pueblos vecinos o incluso algunos separados por grandes distancias, ya en tiempos precolombinos existían un conjunto de relaciones entre ellos. Sin embargo, el proceso de Conquista por los españoles fue el hito³³ que en principio

³¹ A éste respecto, nos ceñiremos al texto del Informe como principal fuente bibliográfica, sin perjuicio de otras importantes y notables fuentes que se han considerado para el análisis de la situación jurídica de los indígenas a lo largo de su historia.

³² COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág.35.

³³ Claramente el proceso de Descubrimiento y Conquista es el principal hito que marca un antes y un después absoluto y definitivo en el continente americano y la historia de sus pueblos originarios. Sin embargo, varios

comenzaría a unirlos en una historia en común, por cuanto, al enfrentarse ambas culturas – indígena y europea- en ese violento choque que implicó el encuentro de ambos mundos, habrían de tener que obligadamente interactuar y relacionarse con ésta nueva cultura que irrumpía en sus tierras, la mayoría de las veces en forma conflictiva y beligerante³⁴, y que les expondría a la apropiación de sus territorios, al trabajo servil, a la dominación política, y a la imposición cultural y religiosa del orden social español; y si bien cada pueblo indígena respondería de manera diversa a estas presiones, a partir del proceso de Conquista la historia indígena se hizo inseparable de los factores externos que la determinan. Es preciso destacar a éste respecto, que, como es sabido, el territorio que ocupa actualmente el territorio de la República, no es exactamente el mismo que ocupaba en tiempos de la Colonia. En otras palabras, el proceso de formación territorial no se realizó solamente durante el periodo hispánico. Durante el siglo XIX, ya devenido el país en República independiente, el territorio nacional comienza a cambiar, configurándose en el territorio actual. Si bien pierde posesiones territoriales en la Patagonia, dejando por consiguiente de ejercer soberanía sobre tierras habitadas por los pueblos de las pampas al oriente de la Cordillera de los Andes, la Nación experimenta un proceso expansivo durante ese siglo, adquiriendo los territorios del actual Norte del país, anexionados tras la Guerra del Pacífico; añade dominios en ultramar, con la adquisición de Isla de Pascua; se “pacifica” la Araucanía, pasando a ocuparla efectivamente el Estado como parte integrante del territorio, y el Extremo Austral se comienza a colonizar y explotar económicamente, en lo que constituiría la más grande tragedia cometida contra las etnias indígenas chilenas. Por lo mismo, pasan a integrar parte de la Nación pueblos que en un principio no formaban parte, y dejan de estarlo algunos pueblos que en un principio sí pertenecían. Como señala el Informe, “El actual territorio en que el Estado de Chile ejerce su soberanía, se constituye

siglos después de la Conquista, una vez instauradas las Repúblicas Independientes de la Corona española, el proceso Expansivo del Estado marcará un segundo gran hito en la historia de los pueblos indígenas, originando conflictos que se vienen arrastrando desde esas fechas hasta nuestros días.

³⁴ Sin embargo, no faltan voces y autores como Bernardino Bravo Lira, quienes señalan que el encuentro de los españoles con los pueblos indígenas no fue del todo un choque violento: “La situación jurídica de las tierras condiciona la de los indígenas. Si ellas pasan a constituir el territorio de los reinos de Indias, sus habitantes pasan a constituir, junto con los europeos establecidos en ella, la población de éstos reinos. Es decir, los europeos no se aíslan del medio aborígen. Antes bien, se integran a los indígenas en una misma comunidad con los europeos.” BRAVO Lira, Bernardino. *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX*. Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1989. Pág.24.

definitivamente sólo en los inicios del siglo XX y se consolida recientemente con el delineamiento definitivo de sus fronteras, que en los casos del pueblo Aymara, Atacameño y también Mapuche, significó su segmentación entre dos Estados nacionales.³⁵” Pero, además del aspecto territorial, es menester destacar que la cronología de la Historia Indígena de Chile, no es exacta ni necesariamente la misma que la de la Historia de Chile. Así, la Independencia de Chile de la Corona Española no produjo un profundo quiebre para los indígenas y su historia. Como expresa el Informe, “la cronología indígena a fines del siglo XIX cambia fuertemente o tiene su momento de quiebre. En ese tiempo se anexan al territorio nacional las provincias del Norte Grande donde habitaban y habitan, aymaras, quechuas y atacameños. En el año 1879 comienza la denominada Guerra del Pacífico, la que se extiende hasta el año 1883, firmándose, en el mismo año el Tratado de Ancón con Perú. Dicho Tratado dejaba subordinada la situación geopolítica de las ciudades de Arica y Tacna a un plebiscito que debía realizarse en 1893, pero que sin embargo, nunca se llevó a cabo. Ésta situación se prolongó por casi cincuenta años, hasta 1929, cuando Tacna se reincorpora a Perú y Arica queda bajo la soberanía de Chile. En el mismo periodo, el 9 de octubre de 1888, se suscribe el “Acuerdo de Voluntades” entre el Pueblo Rapa Nui, liderado por Ariki Atamu Tekena y el Capitán Policarpo Toro, que tuvo como consecuencia la incorporación de Isla de Pascua al territorio y la soberanía nacional. En esa misma década, se produce el avance expansivo hacia el sur de las líneas de frontera establecidas en el río Malleco en el año 1866, concretándose la ocupación completa de la Araucanía por parte del ejército chileno. El 24 de febrero de 1881 es fundado el Fuerte Temuco y el 1 de enero de 1883 se refunda la ciudad de Villarrica. Coincidentemente con éstos hechos, en el extremo sur, se inicia la ocupación ganadera de la Patagonia e Isla de Tierra del Fuego, que tendrá efectos desastrosos sobre las poblaciones indígenas que allí habitaban y, en especial, para los pueblos Aónikenk y Selk’nam. Efectivamente la primera concesión de tierras a empresas ganaderas se concreta a en el año 1885; se trata de la Sociedad Werhahn y Cía. a la que se le conceden 123 mil hectáreas en Tierra del Fuego, lugar habitado por los Selk’nam.³⁶” En razón de todo lo expuesto en esa breve referencia cronológica, es que se

³⁵ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág.36.

³⁶ *Ibidem*. Pág.37.

señala como el segundo gran hito histórico, después de la conquista de los españoles, en la Historia de los Pueblos Indígenas de Chile, el proceso expansivo que experimenta el Estado a fines del siglo XIX. Durante todo aquel proceso expansivo, no hubo políticas estatales de protección hacia los habitantes indígenas que fueran realmente efectivas; antes bien, se les consideró a éstos un obstáculo para incorporar económicamente esas nuevas áreas a la economía del país. Lo indígena era visto como expresión de una barbarie que debía desaparecer en pos del progreso y la modernidad³⁷. Por regla general, al tratarse de zonas muy lejanas al centro político y geográfico del país, el Estado, con el objeto de hacer efectiva su soberanía sobre el territorio, encomendó a empresas privadas tanto la explotación de los recursos en esas zonas, como “civilizar” a los indígenas que allí vivían. “A partir del siglo XIX, todos los Pueblos Indígenas que habitaban el territorio nacional enfrentarán las mismas políticas estatales y tendrán como interlocutor al mismo Estado. Es en ese momento en que podemos decir que la historia de los diferentes Pueblos Indígenas empieza a reconocerse en un relato común, en cuanto van a estar influidas en su desarrollo particular por las acciones y políticas delineadas por el Estado. Se produce entonces, una historia que va a ir unificando paulatina y crecientemente, las diferentes “historias indígenas”, en la medida que se unifica el interlocutor y sus problemas. Podemos hablar por tanto, con propiedad de una historia indígena, en la medida que la situamos en el marco de las relaciones con el Estado.”³⁸ En efecto, a contar de las últimas dos décadas del siglo XIX, comienza un periodo que se caracteriza por la aplicación por parte del Estado de políticas de asimilación forzada, con el objeto de transformarlos en ciudadanos chilenos bajo un concepto de identidad nacional homogénea, sin ninguna consideración a la diversidad cultural existente en el territorio.³⁹ Estas políticas se plasman jurídicamente en

³⁷ SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio. *Historia Contemporánea de Chile. Tomo II. Actores, identidad y movimiento...* Op.cit. Pág 139.

³⁸ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág.36. El subrayado es nuestro.

³⁹ “En el Norte, la política oficial será conocida como “chilenización”, de aplicación compulsiva en las primeras décadas del siglo XX, dados los conflictos fronterizos existentes (tras la Guerra del Pacífico agregamos nosotros). En el sur, corresponderá al periodo de operación de la Comisión de Radicación de Indígenas, en el que constituirán las “reservaciones” o “reducciones indígenas”, limitando y fragmentando el territorio que éstos anteriormente ocupaban. En la Isla de Pascua se producirán fenómenos semejantes, siendo concentrada la población Rapa Nui en Hanga Roa, y entregándose el territorio restante en arrendamiento. En el extremo sur, frente a la acción depredadora de las así denominadas empresas explotadoras, un gran número de miembros de los pueblos Selk’nam y Kawésqar fueron trasladados a la Misión San Rafael en Isla Dawson,

textos legales, que se discuten en el Congreso Nacional, dictándose por ejemplo en el año 1866 las primeras normas que justifican la ocupación de los territorios mapuches, declarándolas tierras fiscales y, por tanto, zonas de colonización. Este periodo se extiende hasta la década de los años treinta del siglo XX, en el que comienza un periodo en el cual el Estado llevó a cabo políticas de integración, las que se basaron principalmente en la educación, castellanización y comprensión de los indígenas quienes, aunque como *campesinos*, se entendía que formaban parte integrante de la sociedad y pueblo chilenos. El informe denomina este periodo como “Integración Frustrada”, pues a pesar de la acción estatal en contrario, los indígenas lograron sobrevivir al periodo anterior y mantener su identidad y características culturales propias. Este periodo se subdivide, a su vez, en otros sub-periodos: los años treinta y cuarenta marcados fundamentalmente por su integración; los años cincuenta y parte de los sesenta marcados por el indigenismo; y fines de los sesenta y comienzos de los setenta marcados por la Reforma Agraria y los cambios estructurales que experimentó la sociedad chilena, incluidos los pueblos indígenas. Por último, el informe incluye algunos aspectos que van desde el año 1973 hasta el gobierno del Presidente Ricardo Lagos, bajo cuyo mandato el Informe fue encargado a la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, y publicado.

De esta manera, en síntesis, el Informe agrupa la historiografía de los pueblos indígenas principalmente en tres periodos: el primero corresponde al periodo anterior a la Conquista hasta la consolidación de la República de Chile, y por ende comprende el periodo Precolombino, que da cuenta de una ocupación del territorio que hoy enmarca el de la República desde hace más de diez mil años, pasando por el periodo de la Conquista y Colonia hasta la Independencia; el segundo periodo denominado de “Asimilación forzosa”, una vez consolidado el Estado Republicano, al expandirse económica y por ende

con el doble propósito de alejarlos de los “cazadores de indios” e introducirlos en la “vida civilizada”, lo que tuvo trágicas consecuencias. Durante este periodo muchos observadores creyeron ver el exterminio de los indígenas en Chile.” *Ibidem*. pág. 38. En ese mismo sentido, José Aylwin. “Desde entonces y hasta hace pocos años atrás, la política y legislación aplicada a los indígenas por el Estado, salvo contadas excepciones, ha procurado asimilar a estos pueblos a la sociedad chilena, así como integrar sus tierras y recursos al proceso de desarrollo nacional, demostrando a través de ella muy poco respeto por sus culturas e identidades propias.” AYLWIN, José. *Pueblos Indígenas de Chile: Antecedentes históricos y situación actual*. [En línea]. Serie de Documentos N°1. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera. 1994. [Fecha de consulta: 18 de Mayo de 2013]. Disponible en: <http://200.10.23.169/trabajados/jose_aylwin.pdf>. Pág. 3.

territorialmente; y el tercero “de la Integración frustrada”, desde los años treinta ya del siglo XX hasta 1973. El alcance respecto a los años posteriores a dicho periodo resulta, sin embargo, sumamente somero.

2.2. Tratamiento jurídico respecto de cada pueblo originario en particular

2.2.1. Referencia a los Indígenas de Chile Central

Un capítulo especial⁴⁰ en el Informe, lo constituye el análisis de los pueblos indígenas del centro del país. Al efecto el informe señala que “la sociedad chilena se ve a sí misma como no indígena, ubicando lo indígena en los territorios fronterizos, ya sea en el norte o en el sur del país; en otras palabras, expulsándolos simbólicamente del centro político y cultural del país. Tal visión de la sociedad chilena acerca de sí misma, tiene una relación directa con lo ocurrido en los primeros años de la conquista, en la zona central del país.”⁴¹ Es por ésta razón, que el Informe se refiere a la realidad de estos pueblos que habitaban la zona en donde se concentró en su inmensa medida la actividad colonial y posteriormente independentista, en la que el europeo conquistador se fusionó con la población nativa que no murió o se refugió en el sur, originando una población mestiza.

La zona central del país no se encontraba, en absoluto, deshabitada⁴². El panorama étnico del Chile Central al momento de la llegada de los españoles estaba integrado por aconcaguas, mapochoes, picones, cachapoales, promaucaes, itatas, chiquillanes, andalienes y reinogüelenes.⁴³ Si bien las diversas denominaciones y divisiones de orden político entre

⁴⁰ El capítulo 2 dentro del Título I del Libro I del Informe. Respecto de los pueblos que habitaran la zona central del país nos referiremos a aspectos de su historia y situación jurídica previa a la República, es decir desde la Conquista y durante la Colonia, en razón su “desaparición” para cuando el actuar del Estado de Chile como tal comienza a “abordar” el tema de los pueblos originarios. En cuanto a los mapuches, los indígenas del norte, los rapa nui y los indígenas del extremo austral, nos ceñiremos fundamentalmente a su situación jurídica luego de consolidada la República.

⁴¹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág.75.

⁴² Sin embargo, según los cronistas de la época, la población no era muy numerosa y por lo demás habría descendido notablemente en los primeros años de la conquista. BENGOA, José. *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX*. Santiago, Chile. 6ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Lom, 2000. Pág.18.

⁴³ Denominaciones españolas que principalmente se asocian a sitios geográficos, más que a una clara y nítida diferenciación entre una etnia u otra. “Los primeros documentos generados para “El Reino de Chile”, por cronistas y conquistadores, indican la existencia de varias provincias en el territorio. En algunos casos, son

estos grupos indicarían diferencias étnicas entre ellos, compartían, sin embargo, una lengua en común: el mapudungún, razón por la cual aún superviven términos de uso coloquial en nuestro quehacer cotidiano y en la toponimia.

Sobre ésta base de población nativa, luego del fracaso de una estrategia defensiva conjunta por parte de los habitantes de esa zona durante el periodo comprendido entre los años 1541 a 1544, se estableció el sistema de la *Encomienda*. Si bien la mayor parte de la población emigró masivamente de la zona central rumbo al sur, quemando sus campos y destruyendo sus aldeas para no dejar nada útil a los españoles en su avance, “luego de una guerra de tres años, los indígenas que se habían replegado hacia el sur, son obligados a regresar a sus lugares de origen. Sus obligaciones, que quedaron explícitas en numerosos documentos de la época, consistían en el trabajo por turno en las encomiendas, desplazamiento forzado hacia los obrajes y lavaderos de oro y colaboración con guerreros y bienes en la guerra que explotó en el Bío-Bío. A cambio, algunos fueron exentos de toda forma de tributación, se asignó tierras a las comunidades a lo largo del llano y la costa, se establecieron tasas que fijaban los salarios, los que fundamentalmente consistían en piezas de vestuario y alimentación, y se reconoció la legitimidad de los jefes o caciques de indios.”⁴⁴ La Encomienda consistía en el Derecho que la Corona de España concedía a los conquistadores para recibir y cobrar para sí los tributos de los indígenas que se les adjudicaban, para su vida y las de sus herederos, debiendo cuidar el bien de los indios en lo espiritual y temporal, así como habilitar y defender las provincias encomendadas. En teoría, constituía de un sistema de trabajo y protección de los indios. Era una forma de retribuir los servicios prestados a la Corona, a la vez que un sistema para establecer poblaciones y extender los cultivos y otras actividades productivas, como la minería, sin cargo para el erario real.⁴⁵ La incorporación forzada a un sistema de trabajo que les era desconocido, tuvo un carácter sumamente violento y extraordinariamente duro para los indios encomendados,

nombradas con el apelativo dado a sus habitantes, como promaucaes o picones; en otros recibían el nombre genérico asociado al espacio geográfico, de Chile, Mapocho, Apalta, Maule o Itata, el que a su vez podía designar a los habitantes como mapochoes, apaltas, maules o itatas.” COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op. Cit. Pág 74.

⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 77.

⁴⁵ DIÉMER Johannsen, E. Enrique y CERDA Valdés, Olga. *Diccionario Jurídico Chileno y de Ciencias Afines*. Volúmen I y II. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis, 2006. Pág. 368.

situación que si bien trataba de ser aminorada por la autoridades coloniales quienes proyectaban utilidades a largo plazo, en lugar del enriquecimiento rápido al que aspiraban los conquistadores, en los hechos fue ineficaz para resguardar a los indígenas, dado que las Leyes de Indias raramente podían poner atajo a tales abusos a causa de la enorme distancia con la Península. Las Tasas se pensaron como la legislación protectora de la población indígena encomendada, creadas con el fin de “humanizar” la situación del indígena y frenar su disminución. Por medio de la Tasa de Santillán, hacia 1558, se intentó reformar el sistema de trabajo indígena modificando el tipo de remuneración que debía ser recibida y regulando el ritmo de trabajo, específicamente en lo referido a los lavaderos de oro, limitándose la edad de servidumbre y estableciéndose mitas o turnos de trabajo. El encomendero obtendría cinco sextos por provisión de comidas y herramientas y su obligación de adoctrinar en la fe a los indígenas, mientras que la sexta parte del oro extraído o “sesmo” correspondía a los indígenas.⁴⁶

La Encomienda, por otro lado, pasa a ser un instrumento de colonización territorial, al ser los asentamientos de los grupos indígenas las primeras tierras en ser ocupadas por los encomenderos, quienes se establecían dentro éstos, por constituir tierras de más fácil explotación al presentar facilidades de mano de obra y transporte. En algunas ocasiones la población indígena incluso fue desarraigada de sus asentamientos, con el fin de dejar espacio al encomendero, para trasladarlos a lugares más cercanos a los yacimientos mineros, y para la fundación de ciudades y villas. Por medio de la Tasa de Gamboa, hacia 1580, se impulsa la creación de “Pueblos de Indios”, como una forma de pequeña propiedad aldeana, con el propósito de conjugar la propiedad individual y comunal de los indios. Pero si bien la Encomienda vino a ser un instrumento fáctico de ocupación territorial, jurídicamente, por sí misma no proporcionaba derecho alguno sobre la tierra, únicamente el de una ocupación de hecho. La “Merced” era el único título jurídicamente válido para la ocupación del suelo.⁴⁷ “Si bien todas las tierras de las Indias eran

⁴⁶ DÍAZ del Río, Eduardo. *Los Araucanos y el Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Abril de 2006. Pág. 30.

⁴⁷ Sin ahondar mayormente en ésta Institución, ni mucho menos en la justificación jurídica de la ocupación Ibérica en América, diremos que por Merced de Tierras se entiende el “reparto o traspaso de tierras para usufructo de los conquistadores, iniciada a fines del siglo XVII. La institución (...) establecía que las tierras quedaban en poder de un conquistador y, a la muerte de éste, de un descendiente, para – finalmente- volver a la Corona.” DIÉMER Johanssen, E. Enrique y CERDA Valdés, Olga. *Diccionario Jurídico Chileno y de*

consideradas como parte del real patrimonio, solo por Gracia o Merced se hacían repartimientos de tierras a los españoles, respetándose en un comienzo los derechos de los habitantes indígenas.”⁴⁸ El reparto de las tierras dominio de la Corona lo hacía el Gobernador con el Cabildo, teniendo el otorgamiento de la Merced real ciertas condiciones: a saber, era a título gratuito, en razón de los méritos del agraciado, era perpetua y tendría valor únicamente si no ocasionaba perjuicios a terceros ni interfería en la propiedad indígena; debía cumplir con las formalidades de toma de posesión, mensura y demarcación con signos externos evidentes, y además estaba sujeta a confirmación real para producir verdadero dominio.⁴⁹ Con todo, los encomenderos solicitaban y obtenían generalmente mercedes junto a los Pueblos de Indios, siendo los asentamientos de éstos reestructurados en beneficio de lavaderos de oro y otras tareas. En la práctica, no se estableció ningún mecanismo realmente eficaz para que se pudiese proteger la propiedad indígena al concederse la merced. El sistema de los Pueblos de Indios que se auspiciaba desde España, en Chile no tuvo mayores posibilidades de expansión y efectividad, obedeciendo finalmente a políticas más bien reduccionistas y otorgando o reconociendo ciertos derechos de los indios sobre sus tierras pero sin tener un alcance jurídico preciso. Al Rey de España correspondía el dominio directo y al indígena el útil.⁵⁰ “En virtud del dominio directo, el Soberano podía señalar tierras a los aborígenes sin que esa asignación significare la pérdida del dominio. Si por cualquiera razón, los terrenos concedidos quedaban vacantes, revertía el derecho a la Corona. El dominio útil permitía al indio usar y gozar libremente de sus tierras”⁵¹, lo que sin embargo no pasó más allá del reconocimiento doctrinario, sin mayores repercusiones prácticas. Con todo, los Pueblos de Indios lograron mantenerse hasta el siglo

Ciencias Afines... Ob. Cit. Pág. 570. El fundamento de la Merced arrancaba de las Bulas de Donación Pontificia hechas por el Papa Alejandro VI a los Reyes Católicos al poco tiempo del descubrimiento de América. En razón de este título, los Reyes Católicos consideraron las nuevas tierras como patrimonio personal suyo, disponiendo que a su muerte se incorporarían a la Corona de Castilla. Por su parte, el emperador Carlos V las declaró inalienables desde 1519, para que nunca pudiesen separarse de la Corona. BRAVO Lira, Bernardino. *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica...* Op. Cit. Pág. 23.

⁴⁸ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 81. Que a su vez cita a SILVA Vargas, Fernando. *Tierras y pueblos de indios en el Reino de Chile. Esquema histórico-jurídico.* Santiago, Chile. Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1962. Pág. 32.

⁴⁹ DÍAZ del Río, Eduardo. *Los Araucanos y el Derecho.* Editorial Jurídica de Chile. Abril de 2006. Pág. 31.

⁵⁰ SILVA Vargas, Fernando. *Tierras y pueblos de indios en el Reino de Chile. Esquema histórico-jurídico.* Estudios de Historia del Derecho Chileno N° 7. Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Santiago. 1962. Pág. 33.

⁵¹ Ídem.

XIX, aunque reducidos en su extensión y bajo el constante acoso y amenaza de los encomenderos y estancias cercanas.

Hacia 1620 se dicta la Tasa de Esquilache, en la cual se reforma el sistema de encomiendas por el arriendo de mano de obra, sobre la base de la libertad de servicio personal. A mediados del siglo XVIII se crean villas para reducir y reagrupar a la ya escasísima población nativa. Finalmente, la Encomienda se suprime por obra del gobernador don Ambrosio O'higgins mediante decreto de 7 de Febrero de 1798, quien expresaba que, al igual que la esclavitud, fomentaban la ruina y el estancamiento industrial; siendo la eliminación de la Encomienda ratificada por Cédula real del año 1791.⁵²

Esta institución de la Encomienda fue origen de inevitables abusos, vejaciones y crueldades para con los indios, incidiendo ostensiblemente en la merma de su población, lo que, junto con las matanzas, las guerras y las pestes, no tardó en generar voces partidarias de los derechos de las poblaciones nativas, especialmente en el seno de las órdenes eclesiásticas⁵³, cuestionando los malos tratos de que eran objeto y apelando por su buen trato, así como generando diversos cuestionamientos a la legitimidad del proceso de Conquista misma y a los títulos invocados por la Corona para la ocupación territorial de las Indias Occidentales, lo que finalmente se tradujo en ciertas disposiciones legales recogidas en el Libro IV de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias.⁵⁴

El descenso demográfico de la población indígena fue dramático. Jerónimo de Vivar señalaba que el descenso de la población habría alcanzado los dos tercios, de una masa cercana a setenta y cinco mil habitantes. El valle central, se “vacía” de indígenas. Como se dijo, muchos huían hacia el sur, a territorios mapuches, negándose al yugo hispano y evadiendo el trabajo en las encomiendas. Otros tantos morían en los trabajos forzosos y crueldades a los que eran sometidos por los españoles. Además de esto, el sistema

⁵² DIÉMER Johannsen, E. Enrique y CERDA Valdés, Olga. Diccionario Jurídico Chileno y de Ciencias Afines... Ob. Cit. 368.

⁵³ También desde la literatura, que incluso emanaba de la propia soldadesca que luchara en la Guerra de Arauco, como es el caso de don Alonso de Ercilla y Zúñiga, en la que exalta el valor y resistencia heroica del pueblo mapuche. Otro ejemplo lo constituye Francisco Nuñez de Pineda y Bascañán quien al ser hecho prisionero por los mapuches, escribió *Cautiverio Feliz*, describiendo a sus captores en un intento de comprender su perspectiva en aquella cruenta guerra. BENGEOA, José. *Historia del pueblo Mapuche...* Op.Cit. Pág.35.

⁵⁴ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 87.

inmunológico de los nativos no contaba con defensa alguna contra las enfermedades traídas desde el Viejo Mundo por los españoles, lo que devastó a los indígenas. Fernando de Santillán señalaba hacia el año 1558, entre las causas que habían provocado el colapso demográfico de los indígenas del valle central, al maltrato físico aplicado a éstos, así como las enfermedades y el hambre producto de la pérdida de sus tierras.⁵⁵ “Muchos de los pueblos originarios que habitaban el valle central no lograron sobrevivir; otros lo hicieron a través del mestizaje y la asimilación de sus costumbres a las del invasor, trabajando para los encomenderos.”⁵⁶ La realidad es que hacia fines del siglo XVIII y principios del XIX, el mestizaje era predominante sobre todo en los sectores que eran considerados más bajos.

Llegado el surgimiento del movimiento independentista y advenimiento de la República, que encontraba en el principio de *igualdad* uno de sus principales fundamentos teóricos, se pretendía igualar a todos los habitantes del territorio bajo una identidad nacional, incluidos los propios indígenas, mas sobre la base de la renuncia por parte de éstos a su identidad y pertenencia étnica.⁵⁷ Hacia 1813, la Junta de Gobierno compuesta por Francisco Antonio Pérez, José Miguel Infante y Agustín de Eyzaguirre dictó un completo reglamento⁵⁸ en el que se señalaba la constitución de nuevos Pueblos de Indios y se promovía el asentamiento indígena en “villas formales”, dotándoles de una casa en la villa y una propiedad rural en sus inmediaciones.⁵⁹ Cuestionando la política “inhumana” aplicada por los españoles hacia los indígenas, y entendiéndose que respecto de los *indios* no debía hacerse diferencia alguna, sino denominarlos *chilenos*, por Decreto Supremo de Bernardo O’Higgins con fecha 4 de Marzo de 1819, los indígenas del territorio fueron declarados ciudadanos libres de la República e iguales a los demás ciudadanos⁶⁰, reconociendo a los indígenas la plena capacidad para celebrar toda clase de contratos, para la defensa de sus causas, contraer matrimonio, comerciar, elegir las artes que tengan

⁵⁵ *Ibíd.* Pág.78.

⁵⁶ *Ídem.*

⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 88.

⁵⁸ SILVA Vargas, Fernando. *Tierras y pueblos de indios en el Reino de Chile. Esquema histórico-jurídico...* Ob. Cit. Pág. 199. El autor en cuestión hace notar que el reglamento fue dictado para proteger a los naturales, mas puede apreciarse que en los hechos realizaba una continuidad de la política reduccionista realizada anteriormente por la Corona.

⁵⁹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Informe del Programa de Derechos Indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile.* Santiago, Chile. Editorial Lom, 2003. Pág. 377.

⁶⁰ *Ídem.*

inclinación, ejercer la carrera de las letras y las armas, y obtener los empleos políticos y militares correspondientes a su aptitud. A la vez se les exonera del pago de contribuciones personales impuestas en condición a su clase, a consecuencia de su nueva calidad de ciudadanos libres e iguales a todos los habitantes de la República, dejando de ser vasallos del Rey⁶¹. Ramón Freire, en forma consistente con ésta política, dispuso que se identificaran los pueblos de indios existentes en cada provincia, que se mensuraran y se identificaran las tierras efectivamente ocupadas, se midieran y tasaran las tierras del Estado y que lo poseído en conformidad a la ley por los indígenas les fuera reconocido en perpetua y segura propiedad; y las tierras restantes se declarasen vacantes, ordenando su remate.^{62 63}

“De ésta forma, los indígenas del valle central no fueron incorporados en su calidad de tales a la realidad de la nación que se estaba confirmando, sino que, fundamentalmente, a través de la historiografía nacional serán transformados en personajes de un pasado mítico, lejano, y en este sentido adquieren un papel preponderante sólo aquellos que opusieron resistencia a la invasión y luego a la conquista española, mientras que el resto de aquellos fue olvidado y silenciado bajo la sombra de un imaginario mestizo que niega su raíz indígena y la diversidad de aquella.”⁶⁴ El Chile central se vio a sí mismo como imagen de todo el país, producto del proceso de mestizaje y virtual desaparición del indígena y transformación en el *pueblo chileno*; trasladándose la cuestión indígena al Norte principalmente Aymara y Atacameño, a Isla de Pascua y los Rapa Nui, a la Araucanía Mapuche y al Extremo Austral Kawésqar, Aónikenk, Yámana y Selk’nam. A ésta cuestión, nos referiremos en las siguientes líneas.

⁶¹ *Ibidem*. Pág. 161.

⁶² *Ídem*.

⁶³ *Ibidem*. Se señala que la igualdad contractual de los indígenas, contraproducentemente, resultó perjudicial para éstos, al ser sus tierras objeto de posesión por parte de no indígenas; lo que conllevaría la eliminación de su libertad contractual en el año 1853, disponiéndose que la venta de sus tierras debería verificarse por medio de la autorización del Gobierno.

⁶⁴ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 89. En nota al pie de página, el Informe señala como ejemplos los tejidos de crin de Rari, las cerámicas de Pomaire, entre otras artesanías, que darían cuenta de fragmentos del pasado indígena de la zona central de Chile.

2.2.2. El Pueblo Aymara

El pueblo aymara habría ocupado la zona de Tarapacá, dentro de lo que hoy constituye el Norte Grande de Chile, hacia los siglos XII y XIII, sin conformar una unidad política. Tal unidad solo habría sido posible luego de la conquista incásica hacia el siglo XV⁶⁵, teniendo como principal estructura social al *ayllu*⁶⁶. Si bien las comunidades aymara fueron objeto de conquista por parte de los Incas, esto no habría alterado profundamente su modo de vida; fue la invasión europea del siglo XVI el hito que vino a trastornar por completo y en forma definitiva la sociedad andina en todos sus aspectos.⁶⁷ Los aymara así sometidos al nuevo orden colonial, pasaron a formar parte del territorio del Virreinato del Perú, siéndoles impuesto un nuevo régimen de explotación, trabajo y tributación basado en la Encomienda, para ser empleados como mano de obra minera en los “reventones de plata”⁶⁸. Pero no solo se vio afectado su sistema económico y territorial, además se les impuso un nuevo orden social con el objeto de extirpar sus “idolatrías”, y conversión a la religión católica. Sin embargo, la cosmovisión andina se refugió en un sistema complejo de sincretismo cultural, en el cual vincularon y apropiaron el credo católico a sus propias creencias⁶⁹, terminando por fundirse con el transcurso de los siglos. La población aymara decayó producto de las penosas condiciones de trabajo, sumado a las usurpaciones territoriales de mano de los encomenderos, mediante despojos ilegales de los pastizales y tierras cultivables una vez que decayó la explotación minera⁷⁰. Esto debilitó a las

⁶⁵ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 29.

⁶⁶ Voz quechua, para designar a la comunidad andina básica, ligada por lazos de parentesco, generalmente por descender de un ancestro común, y ejerciendo derechos colectivos sobre el territorio que ocupa. COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 652.

⁶⁷ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 30.

⁶⁸ SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio. *Historia Contemporánea de Chile. Tomo II...* Op.cit. Pág 152.

⁶⁹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 99. Notorio ejemplo lo constituye la Fiesta de la Tirana como antigua festividad en la que se veneraba a la Madre Tierra y que hoy es objeto de culto a la Virgen María.

⁷⁰ SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio. *Historia Contemporánea de Chile. Tomo II...* Op.cit. Pág 152.

comunidades, mas no logró acabarlas⁷¹. El indio resistió, y de alguna forma, logró adaptarse al orden colonial.

Tras la emancipación de la Corona, las comunidades aymara pasaron a formar parte de la República del Perú. Si bien en un comienzo el Estado Peruano no se vinculaba en forma intensa con el altiplano y las comunidades andinas del sur, pronto se iniciaría un periodo de usurpaciones de tierras comunales, trabajo obligatorio y pauperización de la economía en las aldeas, producto de la presencia omnipotente de hacendados o “gamonales” en la zona. No obstante ello, las comunidades gozaban de alguna relativa capacidad para darse a sí mismas un ordenamiento a través de prácticas, costumbres y maneras de relacionarse entre sí mediante intercambios en circuitos comerciales basados en los ancestrales “pisos ecológicos”⁷², no logrando aún las fronteras de las nuevas repúblicas imponer barreras efectivas que impidieran las migraciones de los grupos familiares.⁷³

Con el paso de la Colonia Española a la naciente República Independiente, la condición de los indígenas pasó de ser “vasallos” a ser “ciudadanos” en una nación de “iguales”⁷⁴, viniendo a ser ahora propietarios particulares de sus tierras bajo un régimen de libre disposición de éstas. Hacia 1821, José de San Martín decretó que los indios eran ciudadanos de la Nación, debiendo reconocérseles como peruanos, y aboliéndose el tributo indígena. Por su parte, Simón Bolívar, en 1824, declaró la disolución de comunidades indias en Perú, la entrega de tierras a sus ocupantes en particular⁷⁵, la venta de terrenos de apropiación colectiva y la desaparición de cacicazgos y títulos nobiliarios indígenas.⁷⁶ No obstante lo anterior, en 1826, el estado viéndose presionado por la falta de recursos fiscales, reintrodujo la tributación a los indígenas mediante un nuevo concepto: contribución indígena. Si bien presentaba semejanzas con el antiguo régimen de tributación indígena,

⁷¹ Ídem.

⁷² Por piso ecológico, se entiende el territorio definido por la verticalidad andina cuyos recursos y adaptaciones humanas varían de acuerdo a la altitud. Por ejemplo: piso costero, piso de oasis, piso serrano, piso altiplánico. *Ibidem*. Pág. 657.

⁷³ *Ibidem*. Pág. 111.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ Recuérdese que en las legislaciones liberales decimonónicas adoptadas por las Repúblicas Latinoamericanas, que se concretaron en diversos códigos civiles, incluido el nuestro, en base a la concepción romanista de la comunidad, ésta era vista como un estado transitorio e indeseable, destinado a deshacerse lo más pronto posible para constituirse en propiedad individual.

⁷⁶ Ídem.

éste encontraba su fundamento en que los ahora “indígenas” y no “indios”, ya no formaban parte de una población colonizada que tributaba a sus vencedores, sino que, como ciudadanos, contribuían al sostenimiento de su Estado.⁷⁷ Este sistema se implementó hasta su abolición por el presidente Ramón Castilla, y paradójicamente, con el cese de esta tributación, las comunidades indígenas perderán su importancia, pasando a ser considerados agricultores mestizos, a aún más genéricamente “andinos”, sin que el estado distinguiera en su origen. Las poblaciones que se vieron más afectadas fueron las de los valles, y las menores las del altiplano⁷⁸. Paralelamente comenzaría una pujante actividad minera en la zona, particularmente la producción salitrera, el cual tendría su periodo más álgido entre los años 1880 a 1930, y que integraría a la economía y mano de obra aymaras a éstas nuevas labores⁷⁹. Con el ciclo salitrero los indígenas de Tarapacá ocuparon diversos oficios, con excepción de las administrativas⁸⁰. De éste modo, se verían incorporados a una dinámica de relaciones económico-sociales propiamente modernas, forjando una conciencia de clase obrera, sin que ello significare la pérdida de elementos culturales y religiosos propios de sus pueblos de origen⁸¹.

Con el estallido de la Guerra del Pacífico, que se prolongó desde 1879 hasta 1883, Perú, Bolivia y Chile se disputaron los territorios de Arica y Tarapacá que correspondían a un importante segmento del antiguo espacio colonial aymara⁸²; y si bien las poblaciones indígenas que habitaban dicha zona, se mantuvieron al margen de esta guerra, sus tierras, así como las de los atacameños o lickanatay, quedaron divididas entre dichos tres países⁸³.

A diferencia de lo que sucedió con los mapuches, como se verá, la propiedad de las comunidades aymara sobre sus tierras, nunca tuvo reconocimiento estatal alguno; el Estado sólo reconoció la propiedad individual, y los terrenos de dominio común se tomaron por

⁷⁷ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 34.

⁷⁸ Ídem. Cabe destacar que el altiplano, incluso en tiempos de la Colonia, no fue de mayor importancia productiva para los españoles.

⁷⁹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 112.

⁸⁰ Ibídem. Pág. 113.

⁸¹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 35.

⁸² Ídem.

⁸³ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 115.

baldíos, pasando a considerarse vacantes, y por ende, pertenecientes al Estado⁸⁴, todo esto conforme a la legislación civil chilena⁸⁵. A la postre ésta falta de reconocimiento y protección legal generaría numerosos conflictos, por las sucesivas inscripciones de títulos individuales por parte de particulares, respecto de tierras comunales.

No obstante que oficialmente se habla de una anexión territorial apenas terminada la guerra, la incorporación de estas provincias a soberanía chilena no se dio inmediatamente; en virtud del Tratado de Ancón, en el año 1883, se acordó que en el año 1893 se realizaría un plebiscito para definir la situación geopolítica de dichos territorios, lo que nunca ocurrió. Recién hacia 1929 se resuelve el asunto, reincorporándose Tacna al Perú y pasando Arica a soberanía chilena⁸⁶. Pero durante todo este periodo, la acción política del Estado de Chile estuvo encaminada al afianzamiento de la ocupación y establecimiento de un marco jurídico e institucional sobre el cual se regularan las relaciones entre el Estado y las comunidades aymara, para quienes desde un inicio el conflicto les fue ajeno⁸⁷. Comenzó un proceso de imposición ideológica e institucional, que se denominó “chilenización”, o también llamado “des-aymarización” por los propios aymara, en el cual se atacó el patriotismo peruano y se enaltecó la nacionalidad chilena⁸⁸, con el fin de consolidar la anexión territorial y asegurar la soberanía chilena en dichos territorios adquiridos. Ésta acción se extendería desde 1879 hasta 1990.

Uno de éstos mecanismos lo constituyó la escuela pública, como agente para la modernidad y difusión del nacionalismo chileno entre los aymaras, sobre todo ante el temor de las autoridades de un resultado desfavorable en el plebiscito pendiente. Además, tomando un cariz violento, entre los años 1910 a 1929, se conformaron “Ligas Patrióticas”, que tenían por objeto la persecución de ciudadanos peruanos en éstos territorios para expulsarles⁸⁹.

⁸⁴ Artículo 590 del Código Civil: “Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño.”

⁸⁵ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 38. En éste mismo sentido, AYLWIN, José. *Pueblos Indígenas de Chile: Antecedentes Históricos y Situación Actual...* Op.cit. Pág. 5.

⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 116.

⁸⁷ *Ídem*.

⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 117.

⁸⁹ *Ídem*.

Se estimó fundamental reforzar la instrucción escolar como mecanismo para desarrollar una conciencia nacional y crear un lazo ideológico con el Estado de Chile, mediante la construcción de escuelas rurales en el sector andino y la prohibición a profesores peruanos de ejercer la docencia. En esto jugó un rol fundamental la Ley 3.654 del 26 de Agosto de 1920 sobre Educación Primaria Obligatoria, para impartir a los niños creencias, valores y normas propias de la cultura educacional de la sociedad chilena⁹⁰; mas no la de sus antepasados.

Igualmente la Iglesia Católica, a través de la Vicaría Castrense, influiría en éste proceso, considerando menester la “extirpación de las idolatrías”⁹¹ basadas en el ideario religioso peruano y tradicional propio del pueblo aymara producto del sincretismo⁹².

En fin, lo que el Estado propendía era la homogenización cultural, ideológica, lingüística e institucional, ante una visión chilena de progreso, identidad nacional y civilización, impuesta a las comunidades aymara⁹³ que era vista en un estado de atraso bárbarico. Se negó de plano su carácter indígena. Habían de ser meramente chilenos. Con todo, partir de 1950, las ciudades y puertos como Arica e Iquique, a nivel económico y cultural, comienzan a ser fundamentales para la sociedad aymara como núcleo de modernidad y transculturación, pero también de re-etnificación⁹⁴. Hasta 1970, los programas estatales incentivaban el asistencialismo e incorporación a la sociedad, concibiéndolos como campesinos o pobladores aislados del interior⁹⁵. Cabe señalar que durante esos años, especialmente durante el gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva, el esfuerzo por impulsar el desarrollo e integración del sector rural andino estaba orientado hacia la propia región, no a la población aymara⁹⁶. Durante el breve lapso que significó el gobierno del presidente Salvador Allende, se cambia el enfoque a través de la

⁹⁰ Ídem.

⁹¹ Ibídem. Pág. 118.

⁹² Ibídem. Pág. 119.

⁹³ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 39.

⁹⁴ *Pueblos Originarios. Aymaras. Historia.* [En línea]. Museo Chileno de Arte Precolombino. [Fecha de consulta: 29 de Mayo de 2013]. Disponible en: <<http://chileprecolombino.cl/pueblos-originarios/aymara/historia/>>

⁹⁵ Ídem.

⁹⁶ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág.121.

Ley 17.729 del 26 de Septiembre de 1972, que generaba un nuevo paradigma de reconocimiento hacia todos los indígenas en Chile, incluidos los aymara, y por ende, de la pluralidad cultural del país, estableciendo derechos de diversa índole, especialmente territoriales, a favor de ellos⁹⁷. Con la llegada del Régimen Militar y la doctrina de la Seguridad Nacional, se vuelve a la concepción anterior, re-implementándose la política de “chilenización”, principalmente mediante el establecimiento de Escuelas de Concentración Rural Fronteriza⁹⁸. Se produjo una intervención de los territorios de la Primera y actual Décimo Quinta regiones en atención al interés de consolidar las fronteras⁹⁹, que para el Régimen tenía una suma importancia geopolítica. Éstas se endurecen, y el Estado tiene una presencia activa a través de las fuerzas armadas¹⁰⁰.

Ajeno a toda forma organizativa de las comunidades aymara, el Gobierno fomentó la creación de juntas de vecinos y de centros de madres¹⁰¹.

Pero sin duda, el gran problema que debieron afrontar, y que desde entonces aún afrontan, las comunidades aymara, es la situación de las aguas, producto de la dictación del nuevo Código de Aguas, D.F.L N° 1.222 del 13 de Agosto de 1981¹⁰². Las aguas son un bien nacional de uso público, y respecto de las cuales se concede, el derecho de aprovechamiento de ellas, derecho real que pasa a ser propiedad del titular para usar, gozar y disponer de ellas; derecho que es transferible, transmisible y prescriptible; que se constituye por acto de autoridad, independiente de si el solicitante es dueño o no de la tierra en donde se encuentra ubicada el agua¹⁰³. Ésta situación, en las áridas zonas del norte de Chile donde el agua es un bien escaso ypreciado, tuvo como consecuencia el desecamiento progresivo de vegas y bofedales; lo que se vio agravado por las presiones del mercado, para la enajenación de los recursos productivos indígenas, especialmente por parte de los

⁹⁷ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 39.

⁹⁸ HERVÉ, Dominique y URREJOLA, Antonia. *La legislación indígena en Chile desde la Independencia*. Santiago. 2002. Pág. 10. Citado en COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág.122.

⁹⁹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 39.

¹⁰⁰ Ídem.

¹⁰¹ Ibídem. Pág 40

¹⁰² Ídem.

¹⁰³ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 123.

enclaves mineros, situación que fue facilitada por las políticas y legislación neoliberales¹⁰⁴. Esto no solo generó problemas legales, sino también de mantenimiento de las precarias condiciones agrarias¹⁰⁵, afectando derechamente la subsistencia de las comunidades aymaras.

Con el devenir de los años, y producto de los diversos y sucesivos hechos mencionados que afectaron el modo de vida de las comunidades aymara, muchos comenzaron procesos migratorios en los que abandonaron sus comunidades y tierras de origen ancestral, para paulatinamente radicarse en las ciudades y centros urbanos. De éste modo, la población aymara del norte de Chile es en su mayoría urbana¹⁰⁶. Con todo, persiste un amplio sector de la población aún aferrado a sus tierras de origen y sus tradiciones.

A fines de los años 80 comienza a resurgir un sentimiento de identidad y pertenencia, y de reivindicación de una conciencia indígena aymara. Nacen movimientos que ya no representan a una localidad que hace una determinada demanda al Estado, en tanto campesinos, pobladores del interior o simples chilenos¹⁰⁷. Más que perseguir el mejoramiento de condiciones de vida u obtener beneficios concretos, éstos grupos elevan una demanda propiamente étnica. Comienzan a clamar por éste reconocimiento en el plano nacional, pero también en el internacional, conjuntamente con los movimientos indigenistas del continente. En el marco del Pacto de Nueva Imperial, realizado el 1º de Diciembre de 1989 entre diversos representantes de las etnias indígenas del país –incluidos los aymara- y Patricio Aylwin, entonces candidato a la Presidencia de la República por la Concertación de Partidos por la Democracia, de la cual debía surgir una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado, una vez electo como Presidente, en el año 1993 se dicta la ley 19.253, en la cual se hace reconocimiento legal de la *etnia* aymara en Chile¹⁰⁸. Por su parte, en su artículo 62 inc. 1º señala, específicamente, que son aymaras los indígenas

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ Ibídem. Pág. 133.

¹⁰⁷ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 41.

¹⁰⁸ Art. 1 inc. 2º.

pertenecientes a las comunidades andinas ubicadas principalmente en la I Región, así como los indígenas provenientes de ella.

La ley promueve la organización de los aymaras a través de dos figuras legales: las comunidades y las asociaciones indígenas. Estas nuevas formas de organización chileno-occidentales contribuyen al quiebre de la estructura organizacional y social tradicional de los aymaras, representada en el ayllu, viviendo a reemplazarla. De ésta forma, la comunidad aymara en la actualidad consiste en una forma de sociedad que rompe los esquemas de la organización tradicional andina y adquiere una configuración propia, especialmente en el plano ideológico y en materia de identidad, extinguiéndose definitivamente el ancestral ayllu¹⁰⁹.

Ahora bien, en virtud de la Ley 19.253 que consagra la creación de Áreas de Desarrollo Indígena en su artículo 26, concurriendo ciertos requisitos que la norma establece¹¹⁰, mediante el Decreto Supremo N° 67 del 08 de marzo del 2001, se creó el Área de Desarrollo Indígena *Jiwasa Orage*, que comprende las comunas rurales de la provincia de Iquique, por constituir un territorio ancestralmente habitado por comunidades indígenas aymaras y quechuas, existiendo una alta densidad de población indígena que alcanza a las 3.756 personas, radicadas en comunidades de las comunas de Colchane, Camiña, Huara, Pica y Pozo Almonte con existencia de tierras de comunidades e individuos indígenas.

Más tarde en 2005, en virtud del Decreto Supremo N° 224 del 11 de Marzo de 2005, se declara Área de Desarrollo Indígena la zona altoandina Arica-Parinacota, considerándose que, constituye un territorio habitado ancestralmente por comunidades indígenas de la etnia Aymara, cuyos antecedentes históricos se remontan a la época prehispánica, lo que se respalda por sitios arqueológicos y documentos etnohistóricos que testimonian la antigua data del poblamiento indígena; presentando una alta densidad de población indígena que

¹⁰⁹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 43 y 44.

¹¹⁰ Artículo 26. “El Ministerio de Planificación y Cooperación, a propuesta de la Corporación, podrá establecer áreas de desarrollo indígena que serán espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades. Para su establecimiento deberán concurrir los siguientes criterios: a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas; b) Alta densidad de población indígena; c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas; d) Homogeneidad ecológica, y e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.”

alcanza a las 25.203 personas de las cuales 4.766 se encuentran radicadas en forma permanente en las comunas de General Lagos, Putre y espacio altoandino de la comuna de Camarones, mientras que 20.437 personas corresponden a indígenas que por extensión del linaje tienen dependencia económica y cultural del territorio andino cuya residencia se encuentra ubicada en los sectores urbanos de la provincia de Arica.

No obstante, las comunidades aymara aún presentan problemas considerables en dos aspectos: las tierras y las aguas.

Respecto de las tierras, el Ministerio de Bienes Nacionales realizó diversos estudios catastrales para determinar la propiedad aymara y fiscal en la I Región de Tarapacá, constatando la existencia de un número muy importante de propiedad aymara constituida en la parte altiplánica¹¹¹. Dichos estudios constataron que un número considerable de propiedades indígenas se encuentra dentro de las áreas silvestres protegidas administradas por la Corporación Nacional Forestal (CONAF), y respecto de las cuales las comunidades aymara no tienen participación alguna. Estos estudios catastrales dan cuenta de varias situaciones de conflicto que ponen en cuestión la validez de los títulos de propiedad aymara. A saber, en la provincia de Parinacota, a la cual pertenecen las comunas de Putre y General Lagos, existen conflictos jurídicos relativos a la validez de los títulos indígenas en razón de la calidad de los títulos invocados, en errores en las inscripciones y en la singularización del bien raíz. En algunos casos, los títulos están constituidos, por actos y contratos sobre inmuebles que no cumplen con las formalidades que exigidas por la ley para que produzcan plenos efectos jurídicos. Igualmente, en varios casos existe una falta de especificación de los deslindes entre propiedades vecinas, produciéndose una superposición de títulos inscritos, generando conflictos territoriales entre comunidades aymara. Por último, también se detectaron conflictos respecto a los derechos sucesorios de las comunidades¹¹². En razón de esto, la Ley 19.253 estableció las bases normativas del plan de saneamiento de la propiedad aymara, en el párrafo 2° del Título VIII de la ley indígena que dispone que la CONADI, en el proceso de constitución de la propiedad de las comunidades aymara (y atacameñas), deberá salvaguardar los siguientes tipos de dominio: a) Tierras de

¹¹¹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 52.

¹¹² Ídem.

propiedad de indígenas individualmente consideradas, que por lo general comprenden la casa habitación y terrenos de cultivo y forrajes; b) Tierras de propiedad de la comunidad indígena constituidas en conformidad con esta ley y correspondientes, por lo general, a pampas y laderas de cultivo rotativas; c) Tierras patrimoniales de propiedad de varias comunidades indígenas, tales como pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado auquénido¹¹³. La acción de regularización de la CONADI se ha orientado más bien a las comunas precordilleranas y a la pampa, siendo las modalidades de la legalización de tierras principalmente la transferencia gratuita, regularización del dominio, concesión de uso y compra¹¹⁴.

Por último, en cuanto a las aguas, desde los inicios del siglo XX, la principal causa de la pérdida de las aguas de las comunidades aymara (y atacameñas) del Norte de Chile, fue la desprotección jurídica en que éstas quedaron como consecuencia de la subordinación del derecho consuetudinario indígena, en su uso ancestral de el recurso hídrico, al derecho positivo estatal, en un escenario de creciente demanda de esos recursos para abastecer los centros mineros y las ciudades de la zona¹¹⁵. El punto álgido lo constituye la dictación del actual Código de Aguas. Con todo, modificaciones al propio Código en comento, y la Ley 19.253, especialmente en sus artículos 20, 22, 64 y 3° transitorio inciso 2°, vinieron a morigerar ésta situación. Estas normas tienen la importancia de reconocer un derecho preferente de constitución a favor de las comunidades indígenas del Norte del país, basado principalmente en sus derechos ancestrales. En ellas, las comunidades han fundado la regularización de sus derechos y exigido su constitución, argumentando que en este caso, al no existir derechos constituidos con anterioridad a favor de terceros, el acto de autoridad que otorga el derecho de aprovechamiento cumple un rol meramente registral¹¹⁶. Concordante con ésta sentida demanda, la CONADI, en cooperación con la Dirección General de Aguas, ha avanzado en la regularización, constitución y defensa de derechos

¹¹³ *Ibidem*. Pág. 54.

¹¹⁴ *Ibidem*. Pág. 56.

¹¹⁵ *Ibidem*. Pág. 95.

¹¹⁶ *Ibidem*. Pág. 98.

sobre las aguas que utilizan las comunidades y organizaciones indígenas¹¹⁷, aunque aún continúa sin ser un problema resuelto.

2.2.3. El Pueblo Lickanantay, Kunza o Atacameño

Los Lickanantay¹¹⁸ son descendientes de los primeros grupos humanos que se asentaron en la cuenca del Salar y Oasis de Atacama, y el valle del río Loa¹¹⁹, hace aproximadamente diez mil años¹²⁰, en lo que hoy corresponde a la II Región de Chile. Aproximadamente 2500 años antes de la llegada de los españoles, ya habían desarrollado redes viales, metalurgia, tejidos, conservación de alimentos, labores de agricultura, ganadería de llamas, medicina vegetal y artesanías¹²¹. Pero es hacia el año 900 d.C., entre los periodos de influencia Tiwanaku e Inca, que los atacameños cobran una conciencia de “nación”¹²², que se plasma en el surgimiento de distintos señoríos.

La organización social y política de los lickanantay era el *ayllu*, que aún sobrevive hasta nuestros días¹²³. Consistía, en lo social, en una comunidad compuesta por varias familias cuyos integrantes se encontraban emparentados, y que por consiguiente, estaban unidos por una genealogía mítica vinculada a antepasados remotos. Así mismo, se encontraba determinada por un territorio, habitado ancestralmente por el grupo, sobre el cual se sentía una fuerte posesión; siendo las tierras y pastos del ayllu bienes comunes que se explotaban en forma comunitaria. En lo político, el ayllu estaba presidido por un consejo

¹¹⁷ *Ibidem*. Pág. 57.

¹¹⁸ “Atacameño” es el término que emplea la Ley 19.253 y el Informe respecto de éste pueblo, y bajo el cuales se les reconoce, y que corresponde a la denominación que les dieran los conquistadores españoles. Ellos se autodenominan Lickanantay que en su que en su lengua, la kunza, querría decir “los habitantes del territorio”. *Pueblos Originarios. Atacameños. Historia*. [En línea] Museo Chileno de Arte Precolombino. [Fecha de consulta: 29 de Mayo de 2013]. Disponible en: <<http://chileprecolombino.cl/pueblosoriginarios/atacamenos/historia/>>. En razón de su lengua vernácula, extinta desde el siglo XX, también se denomina Kunza a éste pueblo. *Pueblos Originarios. Atacameños. Lengua*. [En línea] Museo Chileno de Arte Precolombino. [Fecha de consulta: 29 de Mayo de 2013]. Disponible en: <<http://chileprecolombino.cl/pueblos-originarios/atacamenos/lengua/>>

¹¹⁹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág.139.

¹²⁰ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 73.

¹²¹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 141.

¹²² *Ibidem*. Pág 145.

¹²³ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 77

de ancianos.¹²⁴ Esto no significó en modo alguno, el completo sedentarismo del pueblo atacameño; por el contrario éste presentaba movilidad para el aprovechamiento de los escasos recursos del desierto, y tampoco en caso alguno, aislamiento respecto de otras comunidades con las cuales mantenían relaciones tanto comerciales como ceremoniales, etc.¹²⁵

A finales del siglo XV, se cernió sobre los lickanantay la ocupación incásica, la cual no estuvo exenta de enfrentamientos bélicos. El Imperio Inca implementó una estrategia basada en la reorganización de la población atacameña bajo la administración central mediante el nombramiento de funcionarios dependientes del inca; la imposición del culto religioso solar; y la oficialización de la lengua quechua¹²⁶. Sin embargo, la administración inca fue breve, durando cerca de sesenta años, no logrando imponerse totalmente sobre la cultura atacameña.¹²⁷

El año 1536 marca el arribo de los Conquistadores españoles al territorio atacameño, una vez derribado el imperio incaico. Atacama formó parte de los límites de la Gobernación de Nueva Toledo, que había sido otorgada a Diego de Almagro en 1534¹²⁸. En 1536 Almagro realiza la primera expedición, enfrentándose con los atacameños en una primera batalla por la toma del pukará de Quito, siendo el español repelido¹²⁹. Cuatro años más tarde, en 1540, Pedro de Valdivia dirige una segunda expedición contra los lickanantay, confrontándose en el mismo lugar, por considerarse la única vía de ingreso por esa zona al centro de Chile¹³⁰. Francisco de Aguirre los derrota en junio de ese año¹³¹. Con todo, la victoria conseguida por los españoles no logró proyectarse en el tiempo¹³². Entre 1543 y 1557, el pueblo lickanantay se alzó en armas contra el dominio español. En éste último año la Real Audiencia de Lima ordenó al corregidor y encomendero Juan Velásquez Altamirano la

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ En el panorama pluricultural de aquel territorio, se habrían relacionado no solo entre comunidades lickanantay dispersas por el territorio, sino también con aymaras y con otros pueblos de Argentina y Perú.

¹²⁶ Ídem.

¹²⁷ Ídem.

¹²⁸ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 153.

¹²⁹ *Ibidem*. Pág. 154.

¹³⁰ Ídem.

¹³¹ Ídem.

¹³² INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 78.

pacificación del territorio atacameño¹³³, lo que culminó con un pacto entre españoles y atacameños, que se extendió en el Acta de Pacificación de 1557¹³⁴. A partir de ese momento, comienza el extenso periodo de dominación colonial, que sometió a los lickanantay a faenas extractivas mineras y agropastoriles y tributación sometidas al régimen de la Encomienda; el despojo de tierras y su reducción en pueblos de indios; la evangelización y la extirpación de idolatrías¹³⁵; en fin, todo un proceso de profundo cambio cultural y económico producto de la asimilación forzada a la estructura social colonial.

Bajo la administración española, el distrito de Atacama formó parte de la Audiencia de Charcas, perteneciente al Virreinato del Perú. En 1776, por las reformas borbónicas, pasó a formar parte de la provincia de Potosí, perteneciente al Virreinato de La Plata¹³⁶.

Tras la independencia de España, Atacama quedó circunscrita dentro de las fronteras de la República de Bolivia, por el periodo que va desde los años 1824 a 1879¹³⁷. Durante éste periodo, se planteó una relación neo-colonial, respecto de los indígenas con el Estado, al restablecerse por la Asamblea Constituyente Boliviana, en 1826, la tributación indígena bajo el nombre de contribución directa, y que a los atacameños se aplicó desde el año 1827¹³⁸. Más de la mitad de las finanzas estatales fueron obtenidas por éste medio, por lo que el tributo indígena sostuvo en gran medida al Estado boliviano¹³⁹. Esto vino a ser una suerte de pacto político de subordinación, por el cual el estado reconocía la propiedad de la tierra de los indígenas, y en retorno ellos pagaban el tributo¹⁴⁰. Por presiones de los lickanantay, máxime ante la exención de tributos que imperaba en Argentina, lo que generaba el temor de que éstos pudieran migrar a aquella república, comprometiendo de

¹³³ Ídem.

¹³⁴ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 154.

¹³⁵ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 78 a 80.

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Ibídem. Pág. 81.

¹³⁸ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 169.

¹³⁹ Ídem.

¹⁴⁰ Ídem.

paso la soberanía sobre esa zona de bajo control fronterizo, en 1831 se suspende la recaudación en los anexos de la Puna de Atacama¹⁴¹.

En cuanto a las tierras ancestrales de los lickanantay, era dudosa la situación de los derechos de propiedad de los indígenas sobre éstas, por lo que se declara la propiedad de los caciques y sus legítimos descendientes sobre las tierras que hayan poseído en tiempos del gobierno español y, en igual manera, a los indígenas contribuyentes que hayan mantenido una posesión pacífica de ellas por más de diez años¹⁴². Con todo, al indígena se le negó el derecho a vender sus tierras, declarándose, en 1838, la nulidad para la venta de tierras indígenas¹⁴³.

Con el estallido de la Guerra del Pacífico en 1879, los atacameños se vieron en medio del conflicto, que les era ajeno. Al término de la guerra, en 1883, los territorios de Atacama pasaban a formar parte de la República de Chile, al menos fácticamente¹⁴⁴. En 1888 se crea el Departamento de Antofagasta, estableciéndose a San Pedro de Atacama como capital de la Novena Subdelegación, que incluía pueblos y asentamientos del Salar y los territorios de la Puna. Sin embargo, en 1899, Chile debió ceder una porción de Atacama a Argentina, producto de un Juicio Arbitral a cargo del Gobierno de Estados Unidos¹⁴⁵, dibujando definitivamente el panorama territorial de la zona. Se demarcaron administrativamente en diversas fronteras un territorio que para los lickanantay era visto como uno solo¹⁴⁶. Con ello se abrió para los atacameños, una serie de políticas que se extendieron hasta la década de los noventa del siglo XX, compartiendo similar suerte que los aymara.

Con todo, los lickanantay se mostraron favorables a su incorporación a Chile, pues de esa manera se libraban de la carga de pagar tributo, pues el Estado chileno estaba más interesado en controlar las tierras y recursos, y no a los indígenas que por su pobreza

¹⁴¹ *Ibidem*. Pág. 172. Demostraría aquella presión la capacidad activa que los dirigentes lickanantay habrían tenido para intervenir y defender sus intereses ante el Estado, más aún si se considera que el pueblo atacameño carecía de todo compromiso hacia el resguardo soberano de aquél territorio.

¹⁴² *Ibidem*. Pág. 170.

¹⁴³ *Ídem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 175.

¹⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 176.

¹⁴⁶ *Ídem*.

resultaban poco atractivos para el Fisco¹⁴⁷. Para el Estado, la zona del interior no tenía mayor importancia económica; lo que interesaba era la zona salitrera y la zona costera por sus puertos¹⁴⁸. El interior reportaba una importancia geopolítica¹⁴⁹. Más aún, en un inicio, los habitantes de la puna eran vistos por los funcionarios chilenos como comunidades en un estado de salvajismo, exentas de todo contacto con el exterior y al margen de la civilización y el progreso, y que por lo tanto ni siquiera era potencialmente “chilenizable”¹⁵⁰. Pero por la importancia geopolítica, como se dijo, el Estado comenzó una política “chilenizadora” respecto de las comunidades atacameñas, reconociéndoles como ciudadanos, liberándoles del pago de tributo, y consagrándose su igualdad jurídica con el resto de los habitantes¹⁵¹. Pero ésta asimilación a la nación chilena fue compulsiva: a los atacameños se les obligó a nacionalizarse si querían permanecer en territorio chileno, y por el contrario, si optaban por la nacionalidad boliviana, debían abandonar el país¹⁵². Sufrieron los lickanantay el acoso de las “ligas Patrióticas” al igual que los aymara, y en la misma medida se aplicó la escuela pública como principal medio de “chilenización”¹⁵³.

En virtud del principio de igualdad, de ideario liberal moderno, los atacameños fueron tratados por los agentes del estado como obreros, campesinos, trabajadores, pequeños productores, habitantes rurales, o gente de la zona interior; mas no indígenas. La política asimilacionista implicó una negación de su identidad propia¹⁵⁴.

Con la incorporación al territorio, también se inició la incorporación de los lickanantay al ciclo minero, salitrero primero, y después cuprífero, y por ende al mundo

¹⁴⁷ SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio. *Historia Contemporánea de Chile. Tomo II...* Op.cit. Pág 153.

¹⁴⁸ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 84

¹⁴⁹ Ídem.

¹⁵⁰ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág.176.

¹⁵¹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 84

¹⁵² MARTÍNEZ, Nelson, MARTÍNEZ, José Luis y GALLARDO, Viviana. *Presencia y representación de los indios en la construcción de nuevos imaginarios nacionales.* Santiago. 2003. Citado en COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág.177.

¹⁵³ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 84.

¹⁵⁴ Ídem.

asalariado¹⁵⁵. De ésta manera, comienza a generarse un desplazamiento hacia centros urbanos como Calama.

Luego de la crisis del salitre, después de 1930 y hasta 1970 se comienza a implementar una política desarrollista y modernizante, y por consiguiente, interesada en la inclusión social mediante el progreso y la participación de los sectores alto andinos, pero sin un reconocimiento a la identidad indígena de las comunidades atacameñas¹⁵⁶. Hacia 1972 se dicta la Ley 17.729, que realiza un reconocimiento a los pueblos indígenas, especialmente en cuanto a sus tierras, y les confirió ciertos derechos. Ésta ley tuvo el mérito de contemplar dos mecanismos jurídicos para la recuperación de tierras indígenas: en primer lugar la expropiación en razón de utilidad pública y la restitución¹⁵⁷.

Sin embargo, su aplicación no perduraría, por cuanto la Junta Militar dejaría sin efecto los cuerpos legales dictados durante la Unidad Popular, y re-implementaría una política de “chilenización” sobre un ideario nacionalista que niega lo atacameño en particular, y lo indígena en general. Con todo, la normativa dictada durante el Régimen Militar que mayormente afectaría a las comunidades atacameñas sería el Código de Aguas, D.F.L. N° 1222 de 1981¹⁵⁸. Con la nueva legislación, siendo independiente el aprovechamiento de las aguas respecto de las tierras, se posibilita que particulares ajenos a las comunidades obtengan el derecho de aprovechamiento sobre aguas ubicadas en comunidades indígenas, que históricamente les han pertenecido¹⁵⁹. No hubo reconocimiento alguno al uso ancestral de dichas aguas, ya que un tercero puede inscribir las aguas, cuando no se encuentren inscritas, entre otros aspectos que desconocen los derechos de las comunidades como titulares de derechos de aprovechamiento. Por lo demás, los enclaves mineros fueron los grandes beneficiados con el Código de aguas, lo

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 181.

¹⁵⁷ MUÑOZ, Bernardo. *Derechos de propiedad y pueblos indígenas de Chile*. [En línea] Cepal. 1999. [fecha de consulta: 12 de julio de 2013]. Disponible en: <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/4630/LCL1257P.pdf>> Pág. 15.

¹⁵⁸ Ibídem. Pág. 182.

¹⁵⁹ Ídem.

que significó el desecamiento de vegas y bofedales¹⁶⁰. La pérdida de los recursos hídricos agudizó la crisis en la agricultura y el modo de vida tradicional de los lickanantay¹⁶¹.

Con el retorno de la Democracia, se inicia un nuevo periodo para los lickanantay en su relación con el Estado. Si bien originalmente no estaban consideradas las comunidades atacameñas en la propuesta de ley indígena, por presiones de las comunidades lograron integrar un representante en la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI), creada en 1990¹⁶², a poco de haber asumido el gobierno la Concertación de Partidos por la Democracia¹⁶³, y que culminó con la dictación de la ley 19.253 en 1993, donde se realizó un reconocimiento expreso dentro de las *etnias* indígenas a las comunidades atacameñas¹⁶⁴, y más específicamente reconociendo que son atacameños los indígenas pertenecientes a las comunidades existentes principalmente en los poblados del interior de la II Región, así como los indígenas provenientes de éstas comunidades¹⁶⁵.

La ley 19.253, vino a mitigar de alguna manera la situación respecto de las aguas, en general en sus artículos 20 y 22, y particularmente en el artículo 64, al disponer que “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas. No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.” Igualmente la Ley N° 19.145 de 1992, que modifica el Código de Aguas, vino a limitar la exploración y explotación de

¹⁶⁰ Ídem.

¹⁶¹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 86.

¹⁶² Ídem.

¹⁶³ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 187.

¹⁶⁴ Artículo 1 inc. 2°.

¹⁶⁵ Art. 64 inc. 1°.

aguas subterráneas en zonas acuíferas que alimentan vegas y bofedales de la I y II Regiones del país¹⁶⁶.

Asimismo, en el año 1997, se dictó el Decreto Supremo N° 70 del Ministerio de Planificación y Cooperación, que declara Área de Desarrollo Indígena la zona de Atacama La Grande¹⁶⁷, entre otras consideraciones, porque constituye un territorio habitado ancestralmente por comunidades indígenas de la etnia atacameña, presentando una alta densidad de población indígena atacameña, la cual representa aproximadamente el 95% del total de habitantes de la comuna de San Pedro de Atacama, con un número no inferior a las 2.500 personas; porque, la estrecha vinculación de las comunidades atacameñas con el medio ambiente está dada por actividades agropecuarias, el aprovechamiento racional del recurso hídrico, las actividades de pastoreo en zonas de vegas y bofedales y, en general, por el uso del territorio en la forma de ocupación de pisos ecológicos complementarios, basado en el sistema de trashumancia entre la invernada y la veranada; y porque, los integrantes de dichas comunidades viven en condiciones de extrema pobreza, lo cual se expresa en insuficiencia de ingresos, graves deficiencias en materia de agua potable y alcantarillado, salud, alimentación, vivienda, administración de justicia, infraestructura vial y comunitaria, tecnología agrícola y obras de riego, falencias que requieren para su superación de una coordinación efectiva de los programas que el Estado desarrolla en la zona, así como la orientación de la inversión privada que allí pueda realizarse. Posteriormente, en 2003, se declaró Área de Desarrollo Indígena el territorio conocido como Alto El Loa, en virtud del Decreto Supremo N° 189 del Ministerio de Planificación y Cooperación.

2.2.4. El Pueblo Quechua

El pueblo quechua se sitúa en la actual comuna de Ollagüe, Provincia del Loa en la II Región; pueblo con ancestral raigambre en aquella zona altiplánica, y que sería producto del desdoblamiento de los pueblos lipes actualmente radicados en Bolivia y los pueblos

¹⁶⁶ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 95.

¹⁶⁷ Ésta constituyó la primera Área de Desarrollo Indígena que se dictó en virtud de la nueva institucionalidad indígena partir de la Ley 19.253.

atacameños o lickanantay¹⁶⁸. En virtud de un proceso de etnogénesis¹⁶⁹, o génesis identitaria, se diferencian de los atacameños, y se reconocen a sí mismos como hablantes de la lengua quechua, y por ende su idioma constituye el rasgo fundamental de su cultura.¹⁷⁰

Con todo, los quechuas sufrieron prácticamente los mismos los vaivenes históricos de los lickanantay a los que hemos hecho referencia, quedando circunscritos a la soberanía Boliviana luego de la Independencia, y luego de Chile tras la Guerra del Pacífico, aplicándoseles las mismas políticas chilenizadoras integracionistas. Sin embargo, para la actual etnia quechua, que reconoce su identidad étnica particular por ésta lengua, el impacto que produjo la castellanización lingüística en virtud de la instrucción educacional pública fue crucial; institución que se culpa por haber negado históricamente el uso de su principal forma de comunicación, la que se practicaba en los espacios públicos y familiares, causando la pérdida progresiva de su idioma original, en forma casi total¹⁷¹.

Como todos los pueblos del norte, la dictación del actual Código de Aguas en la década de 1980, vino a ser uno de los principales hitos jurídicos que les han afectado, y aún hoy les afectan. En particular, para la comunidad quechua de Ollagüe, el agua tiene importancia en dos aspectos: en primer lugar, respecto de la cosmovisión, como generadora de vida y como vínculo con los elementos de la naturaleza; y en segundo lugar, respecto de la actividad pastoril que aún desarrolla parte de la población¹⁷².

Finalmente, con la dictación de la Ley 19.253 de 1993, lograron un reconocimiento legal, como una de las principales *etnias* del país¹⁷³. No obstante, aún se presentan problemas para determinar la actual población auto reconocida como quechua, principalmente por la ausencia de esta categoría de adscripción étnica en los censo de población anteriores al año 2002¹⁷⁴. Se estima su población en aproximadamente 211

¹⁶⁸ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 193.

¹⁶⁹ Por etnogénesis, ha de entenderse el proceso de reificación cultural y constitución de un actor étnico, que involucra la formación de una conciencia identitaria. *Ibidem*. Pág. 654.

¹⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 193. Recordar, que la lengua originaria de los lickanantay era el kunza.

¹⁷¹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 201.

¹⁷² *Ídem*.

¹⁷³ Artículo 1º, inciso 2º.

¹⁷⁴ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 202.

habitantes, ubicándose la mayor parte de la población que se autoreconoce como quechua en la comuna de Ollagüe, perteneciente a la provincia de El Loa, en el extremo noreste de la II Región de Antofagasta. Debido a diferentes procesos migratorios, un importante número de quechuas se ha establecido en la ciudad de Calama, reconociendo a Ollagüe como lugar de origen¹⁷⁵. Igualmente uno de los aspectos más difíciles de abordar es la caracterización cultural de la etnia quechua, ya que hasta el momento son escasas las investigaciones antropológicas al respecto¹⁷⁶.

más de constituir una escasa población, los quechua se ven afectados por el desempleo en la comuna, así como el aislamiento geográfico. De éste modo, la perspectiva estatal de éste pueblo, es la de marginalidad, tanto en términos poblacionales como económicos.

A raíz de la promulgación de la Ley Indígena 19.253 del año 1993, surge la Comunidad Quechua de Ollagüe, creada el año 1995, y que desde ese entonces ha comenzado una progresiva revitalización de lo quechua propiamente tal¹⁷⁷.

Concordante con lo anterior, el Decreto Supremo N° 189 del Ministerio de Planificación y Cooperación, del año 2003, declara Área de Desarrollo Indígena el territorio conocido como Alto El Loa, parte del territorio de la provincia del Loa, que comprende el área rural de la comuna de Calama, la comuna de San Pedro de Atacama y la comuna de Ollagüe, por considerarse que es una extensa zona andina que ancestralmente ha sido ocupada por el Pueblo Atacameño y Quechua, quienes han entregado un legado cultural y social invaluable a la zona y al país; además, que, las comunidades atacameñas y quechuas que habitan la Cuenca del Río Loa, con una población cercana a las 1.210 personas, han mantenido el uso de sus tierras y aguas ancestrales, subsistiendo con la explotación equilibrada de los recursos naturales del altiplano; y, por último, que las comunidades Atacameñas de Caspana, Conchi Viejo, Lasana, Ayquina-Turi, Cupo, Toconce, San

¹⁷⁵ GRUPO DE TRABAJO QUECHUA. *Informe Final*, en Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Informes Finales de los Grupos de Trabajo. Volumen 3 Anexo. Tomo I. Pág. 400.

¹⁷⁶ Ídem.

¹⁷⁷ GRUPO DE TRABAJO QUECHUA. *Informe Final*... Op.cit. Pág. 405.

Francisco de Chui Chui y las comunidades Quechuas del pueblo de San Pedro y Ollagüe conforman un espacio territorial de homogeneidad cultural y ecológica indiscutible.

2.2.5. El Pueblo Colla

Los colla son un pueblo indígena que habita la cordillera de las provincias de Copiapó y Chañaral, en la III Región de Atacama, y que ocupan en virtud de la actividad trashumante ganadera, como pastores de la cordillera, en actividades mineras, agrícolas, caza, recolección, extracción de leña y en actividades rituales¹⁷⁸. La trashumancia ha sido la base de su ocupación territorial, dado el carácter de los recursos de pastoreo y los ciclos de sequía que determinan la escasez o abundancia de pastos¹⁷⁹. Por ende, su ocupación no se circunscribe únicamente dentro de las fronteras de nuestro país, sino que desde tiempos prehispánicos ha sido un área de tránsito transcordillerana entre el sur de Bolivia, entre el Salar de Atacama y Copiapó en Chile y el noroeste argentino¹⁸⁰. Actualmente existe una parte de la población colla en Chile; el resto se desplazó principalmente hacia el noroeste argentino, producto de proceso de migración forzada, en busca de mejores pastizales para el ganado¹⁸¹. Los habitantes collas de nuestro territorio habrían arribado hacia la segunda mitad del siglo XIX¹⁸², asentándose en terrenos que formaban parte de la hacienda “Potreros de la Iglesia”, pertenecientes a la familia Cousiño Goyenechea. Estas tierras se encontraban desocupadas hacía largo tiempo, lo que permitió su ocupación de hecho por varias décadas, hasta los inicios del siglo XX, cuando la familia Cousiño entrega en arrendamiento a particulares dichas tierras, comenzando una disputa por su dominio y ocupación¹⁸³. Así sucedió con otros lugares como la zona de Quebrada de Paipote. A esto se suma la instalación de compañías mineras en las zonas de pastoreo, como las faenas de

¹⁷⁸ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 105.

¹⁷⁹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 207.

¹⁸⁰ Ídem.

¹⁸¹ Ibídem. Pág. 208.

¹⁸² INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 107.

¹⁸³ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 224.

la mina de Potrerillos en 1922, contaminando los pastos y envenenado el ganado¹⁸⁴. Todo lo anterior, provocó la migración de algunas familias collas hacia Argentina, mientras que los que optaron por permanecer en el territorio nacional, mantuvieron sus actividades trashumantes, u optaron por el abastecimiento de leña y carne a los centros mineros y ciudades; otras incluso se enrolaron en la actividad minera¹⁸⁵.

Hacia 1955, los collas se organizaron en torno al Sindicato Profesional de Leñadores, con el objeto de resguardar sus derechos y mantenerse en la posesión de las tierras que ocupaban, permitiéndoles enfrentar a los arrendatarios que exigían el pago por las tierras ocupadas y la recolección de leña.

Ese mismo año, En Río Jorquera, el poblamiento colla y de otras familias que mantenían sus posesiones con cultivos y crianza de ganado, se ve interrumpido con la reclamación que hace Alfonso Prohens, atribuyéndose el dominio de la hacienda Jorquera, ejerciendo la acción reivindicatoria de dichas tierras con el fin de desalojarlos, iniciándose el primer conflicto por los derechos a pastaje de los animales que viene a terminar con la posesión tranquila e ininterrumpida mantenida por sus ocupantes desde fines del siglo XIX¹⁸⁶. Las comunidades colla alegaban, defendiéndose a través del Sindicato, que éste no posee título inscrito y que las tierras que involucra a los Potreros de la Iglesia de la sucesión Cousiño, de los que la hacienda Jorquera forma parte, se encontraban en juicio con el Fisco.¹⁸⁷ Los comuneros de Jorquera fueron desplazados de las tierras que poseían en la cuenca del río Jorquera, que eran las más fértiles para el cultivo y contaban con todas las vegas de pastoreo. Los collas se recluyeron en los cerros y quebradas más secas, con menos pastos, como San Miguel y Carrizalillo¹⁸⁸. El conflicto por la ocupación de las tierras se mantuvo hasta 1957, tras el cual se logra un acuerdo, estableciéndose la repartición de las tierras entre Alfonso Prohens y los comuneros de Río Jorquera, deslindándose las ocupaciones en el sector de Tranca de Los Monos, quedando para Prohens las partes bajas de la Hacienda Jorquera, y para las familias collas los terrenos fiscales de la parte superior

¹⁸⁴ Ídem.

¹⁸⁵ Ídem.

¹⁸⁶ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 108.

¹⁸⁷ Ibídem. Pág. 109.

¹⁸⁸ Ídem.

del río Jorquera y sus afluentes. No obstante, las familias collas siguieron ocupando materialmente los terrenos que quedaron en dominio de Alfonso Prohens, debido a que estos eran parte de las invernadas bajas con buenos suelos para cultivos y campos de pastoreo¹⁸⁹.

En Quebrada Paipote, los arrendatarios de la Hacienda La Puerta restringieron el derecho al trabajo de las familias collas, obligándolos a pagar canon de arrendamiento o trabajar como inquilinos. Sin embargo, las tierras de la Quebrada de Paipote y San Andrés, fueron abandonadas por los respectivos arrendatarios hacia el año 1960, quedando como únicos pobladores las familias collas que mantuvieron la tenencia material de las tierras hasta el año 1973, dedicándose a la ganadería, pequeños cultivos, la minería y la explotación de leña y confección de carbón¹⁹⁰.

Luego de 1973, el Gobierno Militar impuso al pueblo colla medidas destinadas a restringir o eliminar sus actividades de subsistencia, en especial el pastoreo y la explotación minera, así como la explotación de leña y fabricación de carbón¹⁹¹. Igualmente se disolvieron los sindicatos en los cuales los collas participaban, como el Sindicato de Leñadores¹⁹².

También, en la década de los ochenta, antiguas disputas judiciales por el dominio de las tierras recobraban su importancia, favoreciéndose la constitución de la propiedad particular sobre algunas de las tierras ocupadas desde largo tiempo por miembros de las comunidades colla¹⁹³, como ocurrió con el reconocimiento en 1981 a Alfonso Prohens de la Hacienda Jorquera, que formaba parte de los inmensos terrenos de la Hacienda Potrerillos de la Iglesia, por parte del Ministerio de Bienes Nacionales; e igualmente el reconocimiento a la sucesión de Isidora Goyenechea, históricamente propietaria de la Hacienda sobre la Quebrada, de los terrenos de Paipote y San Andrés. En Potrerillos, CODELCO División El

¹⁸⁹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 229.

¹⁹⁰ *Ibidem*. Pág. 228.

¹⁹¹ El Gobierno dispuso restricciones al uso de explosivos, suspendiéndose el trabajo minero; el SAG intentó poner término a la ganadería caprina, y la CONAF dispuso la prohibición de la explotación de leña y fabricación de carbón. *Ibidem*. Pág. 230.

¹⁹² *Ibidem*. Pág. 229.

¹⁹³ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 110.

Salvador, era propietaria de los predios El Enganche y Vegas Quemadas, además de contar con una servidumbre minera en la zona¹⁹⁴. Todo lo anterior, obligó a muchas familias a abandonar las quebradas, valles, tierras de veranada e invernada, y en general a despoblar los espacios ocupados por décadas, y a radicarse en pueblos, ciudades, centros mineros en busca de trabajo y medios de subsistencia¹⁹⁵. Sin embargo, tal situación sufrida, era fruto de la precariedad de la posesión o detentación de aquellos terrenos por parte de las comunidades collas¹⁹⁶ en choque con el derecho positivo, particularmente la teoría de la posesión inscrita preceptuada en la legislación civil, pues la ocupación colla, no obstante ser de larga data y en terrenos que en su mayoría se encontraban desocupados al momento de su arribo, no dejaba de ser una ocupación meramente material.

Con el retorno de la democracia, se gesta un proceso de recomposición de la identidad colla y de reconocimiento como pueblo indígena, dando testimonio de su existencia ante la Comisión Especial de Pueblos Indígenas, CEPI, y la Comisión Parlamentaria que discutía el proyecto de ley indígena, que en 1993 culminaría con la dictación de la Ley N° 19.253¹⁹⁷, logrando su reconocimiento, como una de las principales *etnias* indígenas que el Estado reconoce¹⁹⁸.

Las primeras comunidades en formarse gracias a la nueva legislación¹⁹⁹, fueron las de Potrerillos, Quebrada de Paipote y Río Jorquera en el año 1995, siendo la principal demanda desde su formación, el reconocimiento de los terrenos ocupados desde hace más de un siglo²⁰⁰. Esgrimiendo la ocupación ancestral de aquellos suelos, la demanda territorial de las comunidades colla fue determinada en 1996, comprendiendo los espacios geográficos que contienen campos de pastoreo, vegas, aguadas, lugares de asentamiento, de

¹⁹⁴ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Págs. 231 y 232.

¹⁹⁵ Ídem.

¹⁹⁶ Ídem.

¹⁹⁷ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 111.

¹⁹⁸ Artículo 1, inciso 2°.

¹⁹⁹ Párrafo 4° del Título I, artículos 9° y ss.

²⁰⁰ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit. Pág. 233.

recolección y caza, vetas de minerales y espacios sagrados y rituales²⁰¹. Las distintas formas de ocupación económica, social y cultural del territorio cordillerano por las comunidades collas, fueron consideradas para el reconocimiento que el Estado de Chile debía efectuar en los procesos de regularización de tierras en conformidad a la Ley N°19.253, y que se debe aplicar a los procesos de saneamiento y constitución de la propiedad a favor de sus comunidades de acuerdo a lo establecido en el Título VIII, párrafo 2º, artículos 62 a 65, que contiene “Disposiciones Particulares Complementarias para los Aimaras, Atacameños y demás Comunidades Indígenas del Norte del País”²⁰². Con todo, la demanda territorial colla no fue acogida por el Ministerio de Bienes Nacionales, ya que abarcaba extensos territorios de la cordillera de Copiapó y Chañaral. Como alternativa se estableció la transferencia de las tierras de los fondos de valles y quebradas que contenían las vegas y aguadas, y los campos de pastoreo se deberían entregar en usufructo por un plazo mínimo de 30 años²⁰³. El proceso de traspaso de tierras se inició en el año 1997, pero solo en el 2003, después de sucesivas reducciones a las solicitudes de tierras de las comunidades, se les transfirieron un total de 8.622 hectáreas de fondo de valle y quebradas. En esta transferencia, finalmente, no se entregó ningún campo de pastoreo y se omitió la entrega en usufructo de estas tierras²⁰⁴. Particularmente en el caso de la comunidad colla de Río Jorquera, el Ministerio de Bienes Nacionales restringió lo solicitado por la comunidad al aplicar el Decreto Ley N° 1939 de 10 de Noviembre de 1977, que establece Normas

²⁰¹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 111

²⁰² COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Ob.cit.. Págs. 233 y 234. La Ley 19.253 expresamente dispone en su artículo 62 inciso 2º: “Estas disposiciones (para las comunidades aymaras y atacameñas) se aplicarán a otras comunidades indígenas del norte del país tales como quechuas y collas.”

²⁰³ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág.112.

²⁰⁴ Ídem. A modo de ejemplo, en 1997 las comunidades colla, por instrucciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, presentaron al Ministerio de Bienes Nacionales la solicitud de transferencia en dominio de las tierras de fondo de valles y quebradas, acompañada de los planos y mensuras que preservaban un espacio continuo que abarcaba toda la franja del fondo y que conecta a las vegas una con otras a través de un pasadizo, quedando al margen los campos de pastoreo y otros terrenos. La comunidad colla de la Comuna de Diego de Almagro o Potrerillos solicitó 33.450,29 hectáreas, que incluye 43 vegas, 44 aguadas y campos de pastoreo del altiplano. La comunidad colla de la Comuna de Copiapó o Quebrada Paipote solicitó la transferencia de 3.546,48 hectáreas, que comprende 42 vegas y 17 aguadas, representando la solicitud un 1,22% de la superficie territorial total demarcada en 1996. La comunidad colla de Río Jorquera y sus afluentes solicitó un total de 13.236,74 hectáreas, que considera 204 vegas distribuidas en tres secciones continuas. La demanda de tierras representa solo el 2,93% del total territorial demarcado en 1996.

sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, en lugar de la Ley Indígena N° 19.253, con lo que se redujo la transferencia de tierras, de 11.766,27 hectáreas de fondo de valle, a 5.707,24 hectáreas. Esta transferencia de tierras colocó en oposición dos procedimientos para el reconocimiento de las tierras y derechos indígenas: por una parte, la Ley 19.253, por la que se rige la regularización de las tierras de las comunidades indígenas del norte del país, y por la otra, el Decreto Ley N° 1939. Las autoridades estatales prefirieron aplicar restrictivamente el criterio de ocupación efectiva del Decreto Ley N° 1939, con el fin de reducir las tierras a transferir, obviando las disposiciones especiales de la ley 19.253²⁰⁵.

Por su parte, las comunidades collas también han enfrentado disputas por las aguas con empresas mineras como CODELCO División El Salvador, Minera Aldebarán-Cerro Casale, con particulares propietarios de las tierras de la Quebrada de Paipote, con empresas sanitarias que han capturado las aguas para abastecimiento de pueblos, así como empresarios agrícolas del valle de Copiapó y la Junta de Vigilancia del río, que han inscrito las aguas del río Jorquera. Los collas, de esta manera, han perdido sistemáticamente los derechos de aprovechamiento de las escasas aguas existentes en su territorio de poblamiento, impidiéndoles la ampliación de cultivos que favorezcan la producción agrícola de autosubsistencia y la alimentación complementaria del ganado²⁰⁶.

2.2.6. El Pueblo Diaguita

Parte de los miembros de las comunidades agrícolas de Huasco Alto, en virtud de su historia local y descendencia indígena, se han autoidentificado como Diaguitas²⁰⁷. La denominación diaguita utilizada por la arqueología e historiografía, corresponde a Ricardo Latcham, quien propuso en las primeras décadas del siglo XX, en virtud de un estudio comparativo con los diaguitas argentinos y de antecedentes arqueológicos, históricos como lingüísticos, que se denominarán como diaguitas chilenos a los habitantes de los valles ubicados entre Copiapó y Choapa. A partir de ese momento, los estudios arqueológicos e

²⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 113.

²⁰⁶ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 235.

²⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 237.

históricos, asumieron esta denominación. Sin embargo, existen antecedentes históricos que el etnónimo diaguita fue utilizado durante el período de Conquista, Colonia y República, para nombrar a la población indígena del Norte Chico. Finalmente, los descendientes del antiguo Pueblo de Indios de Huasco Alto basándose en historias locales y en la discusión de antecedentes de su pasado histórico, comenzaron un proceso de autoidentificación como descendientes de los diaguitas²⁰⁸, que culminó con su reconocimiento como una de las principales *etnias* indígenas que el Estado de Chile reconoce en la Ley 19.253. Éste fue el último pueblo en ser reconocido al amparo de ésta ley, en el año 2006, bajo el mandato de la Presidente Michelle Bachelet, en virtud de la Ley N° 20.117 que Reconoce la Existencia y Atributos de la Etnia Diaguita, así como la Calidad de Indígena Diaguita²⁰⁹.

Su estructura social se articula sobre la base de la ocupación ancestral del territorio y del desarrollo de actividades productivas; que se caracterizan por ser silvopastoril, dedicada al pastoreo de ganado caprino y mular, la que se sustenta gracias a la ocupación de importantes y dilatados espacios territoriales de la cordillera a través de la trashumancia, que considera el uso de pisos ecológicos diferenciados por la altura, en ciclos de invernadas y veranadas, complementada con la agricultura en pequeña escala, la minería artesanal y la actividad recolectora y de caza²¹⁰.

El mayor problema al que el pueblo diaguita se ha visto afectado, desde su proceso de autoidentificación étnica, y aún antes de su consagración en la Ley Indígena, ha sido el conflicto con el proyecto minero Pascua Lama, que se ejecuta en Chile por la Compañía Minera Nevada Ltda., filial indirecta de Barrick Gold Corporation, cuya casa matriz se encuentra en la ciudad de Toronto, Canadá²¹¹. El proyecto fue sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en conformidad a la Ley 19.300 de Bases Generales del

²⁰⁸ Ídem.

²⁰⁹ Ley N° 20.117 Reconoce la Existencia y Atributos de la Etnia Diaguita y la Calidad de Indígena Diaguita, publicada en el Diario Oficial de 8 de septiembre de 2006. En su artículo único señala: “Agrégase en el inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, reemplazando por una coma (,) la conjunción “y” que antecede al vocablo “Collas”, la expresión “y Diaguita”.”

²¹⁰ YAÑEZ, Nancy. *Las Implicancias del Proyecto Minero Pascua Lama desde la perspectiva de los derechos indígenas*. Documento de Trabajo N° 2. Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas. Temuco. Septiembre 2005. Pág. 4.

²¹¹ Ibídem. Pág. 2. Este proyecto considera la explotación de yacimientos de minerales de oro, plata y cobre, y su yacimiento principal, se encuentra emplazado tanto en Chile como en Argentina, considerando obras e instalaciones en ambos países.

Medio Ambiente, siendo calificado como favorable en 2001, mismo año en que el proyecto se amplía, sometiéndose a un nuevo Estudio de Impacto Ambiental en el año 2004²¹².

El Proyecto señalado, se emplaza en territorios de propiedad diaguíta agrupados en torno a la Comunidad Agrícola de Huasco Alto, constituida en conformidad al DFL N° 5 de 1967 y sus posteriores modificaciones, impactando directamente su forma de vida y costumbres; integrada por personas que, ya recababa antecedentes históricos y elaboraban su proceso autoidentitario, como descendientes de las comunidades diaguitas que desde tiempos precolombinos han habitado este territorio²¹³.

El Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental dispone que en el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental se deberán considerar las características étnicas, así como las manifestaciones de la cultura, tales como ceremonias religiosas, peregrinaciones, procesiones, celebraciones, festivales, torneos, ferias y mercados. También se considerará la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde habite población protegida por leyes especiales, como es el caso de los Huascoaltinos, amparados por la Ley Indígena²¹⁴ y por el D.FL. N° 5 sobre comunidades agrícolas.

En razón a lo anterior, se estimó por la Comunidad Huascolatina que el Estudio de Impacto Ambiental sometido a evaluación para pronunciarse sobre los impactos del proyecto Pascua Lama no habría considerado la variable antropológica, a pesar de estar emplazado en territorio Diaguíta, ni menos aún se consideró la consulta a la que debía someterse en conformidad al artículo 34 de la Ley 19.253, por lo que no se ajustaría a derecho²¹⁵. Por lo demás, afectaba diversos derechos indígenas reconocidos tanto en el derecho internacional como interno, como derechos a la tierra y los recursos naturales; derechos de participación;

²¹² *Ibidem*. Pág. 3.

²¹³ *Ibidem*. Pág. 5.

²¹⁴ Si bien en aquel entonces aún no contaban con el reconocimiento expreso en la Ley 19.253, tampoco deben entenderse excluidos como tales, en atención a que la Ley alude a las *principales etnias*, sin interpretarse la norma como taxativa, y sobre todo por lo dispuesto en su artículo 2 letra c): “Se considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos: c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas”.

²¹⁵ *Ibidem*. Pág. 7.

y, al mismo tiempo, el derecho a la preservación del hábitat y formas de vida de la comunidad diaguita²¹⁶.

En la actualidad, el conflicto aún se encuentra latente.

2.2.7. El Pueblo Rapa Nui

El poblamiento de Isla De Pascua, o *Te Pito o te Henua* en su nombre originario, se remonta hacia el siglo V d.C., y los desarrollos culturales del pueblo Rapa Nui emergen de la tradición polinésica ancestral, descendiendo directamente de los primeros pobladores que arribaron a ella hace unos dos mil años atrás²¹⁷.

Numerosas leyendas y mitos de la cultura Rapa Nui hacen referencia al período de poblamiento, siendo, según los relatos, Hotu Matu'a, primer rey o *ariki*, junto a su corte, el primero en desembarcar en la isla, tomando posesión de ella en dicho acto. Apenas arribado a la isla, hizo la repartición de las tierras, entregando a cada uno de sus seis hijos una porción para que formaran entre ellos las diferentes tribus²¹⁸. De ellos, descendería el pueblo rapa nui.

Su economía se sustentó en dos grandes actividades productivas: la agricultura y la pesca, mientras que su organización social y política, fuertemente jerarquizada, se basó en un sistema de linajes cuyo ordenamiento territorial se constituyó conforme una división tribal de la tierra, teniendo cada tribu o *ure* un territorio determinado y un jefe; existiendo a su vez, un jefe de toda la isla o *ariki mau*, el cual era respetado por todos, y al que se le asignaban poderosas cualidades, producto de su poder innato e inherente, denominado *mana*²¹⁹.

El derecho propio originario rapa nui se construía en base a un orden indivisible determinado por el *mana* y el *tapu*. Por *mana* se entiende la fuerza que otorga el poder

²¹⁶ Ibidem. Pág. 17.

²¹⁷ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 261.

²¹⁸ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 127.

²¹⁹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 261.

sobrenatural que animaba el funcionamiento de las actividades ordinarias. Mientras que el *tapu* o tabú, es una prohibición que se impone a través del *mana*. El ejercicio de esta jurisdicción ancestral correspondía, como se dijo, al *ariki mau*, rey y líder espiritual de toda la isla, quien gracias al *mana* del que estaba investido podía imponer *tapu*, hacerlos cumplir e imponer sanciones en caso de infracción, incluyendo la pena de muerte. Bajo el *tapu*, podían quedar circunscritos personas, alimentos y lugares²²⁰.

Uno de los rasgos más distintivos de la cultura ancestral Rapa Nui, fue la importancia que se le daba al culto de los antepasados. Cada linaje tenía su centro religioso y político en un sector cercano a la costa, desde el cual controlaba una parte del territorio hacia el interior de la isla²²¹. Los centros religiosos se componían de grandes altares, sobre los cuales se construyeron estatuas que representaban ancestros deificados²²², hoy afamadas, conocidas como *moai*. Las estatuas formaban parte de un sistema simbólico que adjudicaba a los antepasados la tenencia del *mana*, fuente de la abundancia de bienes, de prestigio y la perpetuación del poder y la legitimación de la autoridad de los *ariki* y la clase dominante²²³. De ésta manera, la elaboración de estatuas más colosales constituía el signo inequívoco del fuerte *mana* que detentaba cada *ariki*. Esto significó destinar cada vez mayor cantidad de recursos y energía a estas actividades. Con los años, la población de la isla aumentó a un número estimado por algunos investigadores en más de diez mil habitantes hacia el siglo XV, ejerciendo una fuerte presión sobre los recursos productivos²²⁴. La organización social imperante hasta ese momento no habría resistido tal crecimiento, traducándose, al parecer, en una escasez alimentaria y, consiguientemente, en una fuerte crisis del orden social. Esto tuvo como resultado una serie de cruentas luchas entre las distintas tribus que habitaban la isla y una transformación del orden económico, social y político²²⁵, que vino a ser reemplazado por un nuevo sistema, cuyas prácticas rituales asegurasen la obtención y transmisión del *mana*, generador de abundancia y

²²⁰ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 129.

²²¹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. 264.

²²² *Ibidem*. Pág. 267.

²²³ *Ídem*.

²²⁴ *Ídem*.

²²⁵ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 130.

prestigio que se plasma en los rituales que se realizaban en Orongo, y que consistían en una competencia por la obtención del primer huevo del ave *manutara*, en donde el vencedor obtenía para el jefe de su linaje el prestigio y poder²²⁶.

Tal era la situación político-social del pueblo rapa nui, cuando la mañana de Pascua de Resurrección del año 1722, el navegante holandés Jacob Roggeveen arribó a las costas de *Te Pito o te Henua*, bautizándola como Isla de Pascua, y siendo el responsable de dar a conocer al mundo occidental ésta lejana isla²²⁷.

A mediados del siglo XIX, la Isla de Pascua, como muchas otras islas del Pacífico Sur, fue víctima de incursiones esclavistas. A juicio de algunos comerciantes europeos, Rapa Nui no tenía dueños y por lo tanto, su población podía ser explotada, comercializada y esclavizada. Esto se tradujo, entre los años 1862 y 1863, en la deportación forzosa de al menos mil quinientas personas solamente desde Rapa Nui, para ser vendidos en los mercados de Lima.²²⁸ Una vez prohibida la esclavitud por parte del gobierno peruano, quince isleños retornaron a la isla, trayendo consigo enfermedades como viruela y tuberculosis, que diezmaron a la ya mermada población. Esto generó un colapso demográfico de proporciones, contándose para el año 1877 apenas un centenar de personas rapa nui que sobrevivían en Isla de Pascua²²⁹.

A partir de 1864, arribaron a la isla un grupo de misioneros franceses pertenecientes al arzobispado de Tahiti. El asentamiento misionero, además de promover la evangelización de los rapa nui, trasladó a la población desde sus asentamientos ancestrales hasta la misión. Junto a ello dio comienzo a las primeras ventas de las tierras rapa nui, efectuadas por los isleños a favor del arzobispado de Tahiti²³⁰. En 1868, arriba a la isla el comerciante y marino francés Jean Baptiste Dutrou Bornier, quien transformó a la isla en una hacienda, y a los rapa nui en inquilinos bajo su mando. En 1871 forma una sociedad con Alexander Salmon y John Brander, dueño de una de las casas comerciales más grandes

²²⁶ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 267.

²²⁷ *Ibidem*. Pág. 268.

²²⁸ *Ídem*.

²²⁹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág.130.

²³⁰ *Ídem*.

de la Polinesia²³¹. Posteriormente Dutrou Bournier, en ejercicio de su irrestricto poder, se erigió rey de la isla. En este período, los rapa nui fueron trasladados de sus territorios originales y asentados en *Hanga Roa*, y los misioneros abandonaron la isla tras haber entrado en conflicto con él²³².

En el año 1870, la corbeta chilena O'Higgins recaló en Isla de Pascua al mando del capitán Ignacio Gana. En dicha embarcación viajaba en calidad de cadete Policarpo Toro Hurtado, quien a la postre sería el promotor de la anexión de la isla al territorio chileno²³³. Policarpo Toro, redactó en 1886 un documento destacando la importancia estratégica de Isla de Pascua para los intereses marítimos y militares del Estado chileno²³⁴.

En abril de 1888, el ministro del gobierno de Chile, Vicente Dávila Larraín, otorga a Policarpo Toro una instrucción para la compra de propiedades en la isla, comisionándolo para pagar dos mil libras esterlinas a los particulares no rapa nui que pretendían derechos de propiedad en Pascua, y específicamente destinados a la compra de los derechos de propiedad de la sucesión Salmon.²³⁵

El día 9 de septiembre de 1888, se firma un Acuerdo de Voluntades teniendo como preciso objeto establecer las bases de la relación entre el Estado Chileno y el pueblo *rapa nui*²³⁶, el cual estaba compuesto por un documento de cesión o *Vaai Honga Kaina*, y una proclamación o *Vananga Haake*, ambos redactados en español y en una mezcla entre rapa nui y tahitiano antiguo.²³⁷ El acta es bastante concisa y el texto en español no hace alusión a la propiedad de la tierra, sólo hace referencia a la cesión de soberanía al Gobierno de Chile y especifica que los jefes rapa nui se reservan el título de jefes del que están investidos. El texto en rapa nui-tahitiano, difiere en algunos puntos sustanciales con el escrito en español.

²³¹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág.271.

²³² INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág.130.

²³³ HOTUS, Alejandro, citado en INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 131.

²³⁴ *Ibidem*. Pág. 132.

²³⁵ *Ídem*.

²³⁶ *ídem*.

²³⁷ El texto en español del documento de cesión, fue transcrito por Vergara en 1939. En 1974, los originales de este documento fueron entregados a Grant McCall por los ya ancianos Juan Riroroko Mahute y su esposa Luisa Tuki Kaituhoe para su custodia hasta que los tiempos sean propicios.

Este último habla de cesión de tierras, sin embargo en el texto rapanui se usa el concepto de *mau te hoa kona* o “amigo del lugar”.²³⁸ No se habla de ceder tierras o su propiedad. De hecho, el texto en español habla de ceder para siempre y sin reserva la soberanía, mientras que el texto rapanui-tahitiano traducido al Rapa nui moderno dice, *ia i haka tika i ta ite runga, iraro ina he kainga kai ta*, vale decir, “escribir sobre lo de arriba”, refiriéndose a lo superficial del terreno, “lo de abajo no se escribe aquí”, o sea no forma parte del Acuerdo, haciendo alusión al *kainga* o territorio. Según la tradición oral, el entonces ariki Atamu Tekena como gesto simbólico-jurídico y para reafirmar el acuerdo entre las partes, tomó un trozo de pasto con tierra entregándole el pasto a los comisarios, quedándose ellos con la tierra, queriendo decir con esto que otorgan la soberanía al gobierno chileno, pero se reservan el derecho inalienable y ancestral de su tierra.²³⁹

Dicho acuerdo de voluntades, entre los gobernantes rapa nui y el capitán Policarpo Toro se puede resumir en los siguientes puntos²⁴⁰:

- 1°.- La cesión indefinida y sin reserva de la soberanía de la isla al Estado chileno;
- 2°.- El reconocimiento por expresa reserva de la investidura de los jefes rapa nui;
- 3°.- El reconocimiento del derecho de propiedad de los rapa nui sobre todo el territorio insular;
- 4°.- Y el compromiso del Estado chileno de garantizar el bienestar y desarrollo de los rapa nui y darles protección.

Los isleños alegan el incumplimiento de tal compromiso, como causa de los muchos conflictos del pasado reciente y, en particular, de la actitud de rechazo de la comunidad rapa nui hacia el fisco de Chile y a los chilenos en general.²⁴¹ Con posterioridad a la suscripción del acuerdo de voluntades, el gobierno de Chile trató, infructuosamente, de

²³⁸ Pocos años antes, los isleños en varias instancias solicitaron al gobierno francés establecer el protectorado, pero Francia no aceptó.

²³⁹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 277.

²⁴⁰ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág.132-133.

²⁴¹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 279

realizar un proceso de colonización en Isla de Pascua. El Estado, desconociendo las autoridades pascuenses, entregaría la administración de la isla a privados.²⁴²

En junio de 1896 se creó la subdelegación marítima de Isla de Pascua, que depende de la gobernación marítima de Valparaíso. Se creó una comisión consultiva para estudiar la situación territorial en la Isla, la que recomendó al gobierno inscribir la propiedad de las tierras *rapa nui* a nombre del fisco de Chile, habida consideración de la ausencia de dominios particulares inscritos en dicho territorio, desconociendo con ello los términos del Acuerdo de Voluntades. La inscripción se verificó el 11 de noviembre del año 1933, fundado en lo dispuesto en el artículo 590 del Código Civil²⁴³. Siguiendo el procedimiento establecido en el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, la inscripción fue publicada en el diario El Herald de Valparaíso como medida de publicidad. De ello, sin embargo, jamás tomaron conocimiento los interesados y, por lo mismo, no hubo oposición por parte de los *rapa nui* que la impidiera²⁴⁴. En el año 1953, la dependencia de Isla de Pascua se traspasó a la comandancia en jefe de la Armada, que delegó su administración en la comandancia de la Primera Zona Naval. Cabe señalar, en todo caso, que desde 1917 la isla estaba sometida a las autoridades, leyes y reglamentos navales. Bajo la administración de la Armada, que se extendió hasta el año 1965, la situación de la población *rapa nui* experimentó una mejoría, expresada en la instauración de un servicio de flete gratuito para los isleños, aumento de la variedad de bienes disponibles en la pulpería, incremento de salarios pagados a los empleados en las faenas de la hacienda y regalías, mejoramiento de las instalaciones sanitarias, entrega bajo títulos provisorios de terrenos a parejas jóvenes. Además, desde 1953, se impartió educación hasta 6º básico y se proporcionó a los alumnos desayunos y almuerzos.²⁴⁵ Pero la población también sufrió abusos y arbitrariedades bajo la administración de la Armada. Las restricciones para el libre desplazamiento de los *rapa nui* se mantuvieron, se sometió a las personas a castigos arbitrarios, se instauró el toque de

²⁴² *Los derechos del pueblo Rapa Nui en Isla de Pascua. Informe de Misión Internacional de Observadores a Rapa Nui*. [En línea]. Misión Internacional de Observadores a Rapa Nui. 2011. [En línea]. Misión Internacional de Observadores a Rapa Nui. [fecha de consulta: 18 de junio de 2013]. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/dcto_rapa_nui_iwgia-observatorio_castellano_final.pdf> Pág. 7.

²⁴³ “Son bienes del Estado todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”.

²⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 133.

²⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 134.

queda para los indígenas, quienes debían recluirse en sus viviendas a las 21:00 horas y continuaron los lunes fiscales (día semanal destinado a trabajo gratuito en favor del fisco chileno).²⁴⁶

La resistencia de los rapa nui ante estos abusos fue constante. En 1964, el isleño Alfonso Rapu lideró una rebelión que puso fin a la administración de la Armada de Chile y presionó por un cambio en la situación de sometimiento que abatía a los *rapa nui*. Se inició, entonces, un debate parlamentario sobre la situación de la isla que se extendió por más de un año. Luego de estas discusiones, en 1966 se promulgó la Ley 16.441, denominada también “Ley Pascua”. Esta ley creó el departamento de Isla de Pascua y, a través de ella, la isla se incorporó al sistema de gobierno civil otorgándoles a los rapa nui la ciudadanía chilena. Con anterioridad a la dictación de dicha ley, los rapa nui, para los efectos del derecho chileno y del derecho internacional, eran apátridas, no tenían nacionalidad y, por tanto, no eran considerados sujetos de derecho por ningún ordenamiento jurídico. La Ley 16.441 les reconoció algunos derechos, tales como la exención tributaria y el derecho a la tierra, estableciendo un procedimiento de regularización. Contenía, además, normas de protección a las tierras que se traducen en la prohibición de venta de tierras a extranjeros, y contempló normas de excepción en materia de administración de justicia que consideraban los elementos culturales como circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal. Como consecuencia de esta ley se instalaron diversas reparticiones de gobierno en la isla, entre ellas el Ministerio de Tierras y Colonización (hoy Ministerio de Bienes Nacionales) y la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), que pasó a administrar los bienes que antes dependían de la Armada.²⁴⁷

En 1979, el gobierno militar dictaminó a través del D.L. 2.885, la regularización de la propiedad mediante el otorgamiento de títulos gratuitos de dominio a los poseedores regulares. El área objeto no se refería al territorio ancestral rapa nui, sino que a la regularización del área donde estos fueron reducidos y radicados a fines del siglo XIX.²⁴⁸ Los rapa nui se opusieron a esta normativa y generaron una fuerte resistencia.

²⁴⁶ Ídem.

²⁴⁷ Ibídem. Pág. 134 y 135.

²⁴⁸ Ídem.

En 1980, el gobierno militar decidió traspasar las funciones que hasta ese momento cumplía la CORFO (producción eléctrica, agua potable, manejo del muelle y administración del fundo Vaitea) a la Sociedad Agrícola y de Servicios de Isla de Pascua (SASIPA), como empresa filial de CORFO.²⁴⁹

Con el advenimiento de la democracia en Chile, a principios de los noventa, parecía surgir una nueva oportunidad para la relación entre el Estado de Chile y el pueblo *rapa nui*. Representantes de este pueblo concurrieron al encuentro de Nueva Imperial promovido por la Concertación de los Partidos por la Democracia en el año 1989, donde se sentarían las bases de un nuevo acuerdo institucional entre los pueblos indígenas de Chile y este conglomerado político, representado por el candidato a Presidente de la República don Patricio Aylwin Azócar.

Los términos del acuerdo de Nueva Imperial dividieron las posturas entre los *rapa nui*. Algunos encontraron en él respuesta a sus demandas y otros estimaron que no satisfacía los intereses de su pueblo. Las posturas se polarizaron, y el Consejo de Ancianos se fraccionó en dos: una de ellas continuó en la senda del acuerdo de Nueva Imperial, instó por la dictación de la ley indígena y la incorporación en la misma de normas especiales relativas al pueblo *rapa nui*. Una vez dictada la Ley 19.253, esta facción de los *rapa nui* participó de las instituciones que creó la nueva normativa, en tanto que la segunda mantuvo su disidencia, oponiéndose a la ley indígena y a sus instituciones.²⁵⁰

Con la dictación de la Ley 19.253 de 1993, constituye una de las principales *etnias* que el Estado de Chile reconoce.²⁵¹ Específicamente, la ley reconoce que la comunidad *rapa nui* posee un sistema de vida y organización histórica, idioma, formas de trabajo y manifestaciones culturales autóctonas.²⁵²

Por su parte el inciso 1° de artículo 66 dispone que “son *rapa nui* o pascuenses los miembros de la comunidad originaria de Isla de Pascua y los provenientes de ella, que

²⁴⁹ Ídem.

²⁵⁰ Ibídem. Pág. 137.

²⁵¹ Artículo 1°, inciso 2°.

²⁵² Artículo 66, inciso 2°, ley 19.253. modificada por la ley 19.587 de 1998.

cumplan con los requisitos exigidos por las letras a) o b) del artículo 2^o²⁵³, esto es, los que sean hijos de padre o madre indígenas, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva. Los descendientes de la etnia que posean al menos un apellido rapa nui, pudiendo en caso de poseer un apellido no rapa nui, acreditar su procedencia por tres generaciones. Los términos de este reconocimiento ameritan diversas observaciones, que por lo demás han formado parte de las críticas formuladas a la ley indígena por diversos sectores del pueblo rapa nui:

1° No está reconocido el origen polinésico de este pueblo y las particularidades del proceso histórico que determina su anexión al estado de Chile. Su homologación a los pueblos indígenas precolombinos, lo que consta expresamente en el artículo 1° inciso 1° de la ley indígena, lesiona sus derechos pues niega su verdad histórica y la consiguiente responsabilidad del Estado chileno respecto de estos hechos.

2° No se reconoce su carácter de pueblo ni los derechos colectivos que emanan de dicha condición. Es un reconocimiento tenue, meramente declarativo de intención, pero no vinculante.

En razón de lo anterior, la ley indígena fue objeto de una modificación relativa a los rapa nui en 1998 por la ley 19.587. En efecto, el artículo 66 que determina quiénes son rapa nui o pascuenses en su formulación original fue objeto de una unánime oposición por todos los miembros de la etnia. Disponía el precepto que serían considerados *rapa nui* aquellos que mantuvieran rasgos culturales propios de este pueblo, entendiéndose por tales las prácticas de formas de vida, costumbres o religión de un modo habitual, o aquellos cuyo cónyuge sea rapa nui, siendo necesario en todo caso que se autoidentifique como tal. Este último es el caso de la mayoría de las parejas rapa nui, de constitución mixta. Por esta vía se abría una puerta sin precedentes para que personas no pertenecientes a la etnia, se apropiaran de las tierras ancestrales de la isla. La modificación consistió, en consecuencia,

²⁵³ Artículo 2°.- “Se considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos:

a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva;

Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes desciendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2.

b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena.”

en restringir la pertenencia rapa nui a la que determina la filiación y el vínculo sanguíneo.²⁵⁴

La participación rapa nui se verifica mediante la presencia de representantes de dicha etnia en el consejo nacional de la CONADI y en la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua. Por otra parte, la representación se verifica en la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, entidad a cargo de proponer al Presidente de la República las destinaciones de tierras en Isla de Pascua y cumplir las funciones que a la extinta Comisión de Radicaciones entregaba el D.L. 2.885 de 1979,²⁵⁵ ²⁵⁶ la cual cuenta entre sus integrantes, conforme al artículo 68 de la Ley 19.253, a seis miembros de la comunidad rapa nui elegidos según lo establecido en el DS 394 de MIDEPLAN del año 1994, uno de los cuales deberá ser el Presidente del Consejo de Ancianos.²⁵⁷

En cuanto a las tierras, como se dijo, el territorio rapa nui se encuentra inscrito en propiedad a favor del Fisco desde el año 1933. La ley 19.253, partiendo de esta constatación, contiene en su artículo 69 normas que fijan el procedimiento para transferir propiedad fiscal y constituir el dominio a favor de miembros de la comunidad pascuense²⁵⁸. Al efecto dispone: “Para los efectos de la constitución del dominio en relación a los miembros de la comunidad rapa nui o pascuense poseedores de tierras, la Comisión actuará

²⁵⁴ *Ibidem*. Págs. 137 -139.

²⁵⁵ *Ibidem*. Págs. 139 – 140.

²⁵⁶ Artículo 67.- Créase la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua que tendrá las siguientes atribuciones:

- 1.- Proponer al Presidente de la República las destinaciones contempladas en los artículos 3° y 4° del decreto ley N° 2.885, de 1979;
- 2.- Cumplir las funciones y atribuciones que el decreto ley N° 2.885, de 1979, entrega a la Comisión de Radicaciones. En el cumplimiento de estas funciones y atribuciones, deberá considerar los requisitos establecidos en el Título I del decreto ley referido y, además, los siguientes criterios:
 - a) Analizar las necesidades de tierras de la población rapa nui o pascuense.
 - b) Evaluar el aporte que dichas tierras hacen al desarrollo de Isla de Pascua y la comunidad rapa nui o pascuense.
 - c) Fomentar la riqueza cultural y arqueológica de Isla de Pascua;
- 3.- Formular y ejecutar en su caso, programas, proyectos y planes de desarrollo tendientes a elevar el nivel de vida de la comunidad rapa nui o pascuense, conservar su cultura, preservar y mejorar el medio ambiente y los recursos naturales existentes en Isla de Pascua;
- 4.- Colaborar con la Corporación Nacional Forestal en la administración del Parque Nacional de Isla de Pascua;
- 5.- Colaborar en la conservación y restauración del patrimonio arqueológico y de la cultura rapa nui o pascuense, en conjunto con las universidades y el Consejo de Monumentos Nacionales, y
- 6.- Preparar convenios con personas e instituciones nacionales y extranjeras para el cumplimiento de los objetivos precedentes.”

²⁵⁷ *Ibidem*. Pág.140.

²⁵⁸ *Ibidem*. Pág.141.

en conformidad a las disposiciones de los artículos 7°, 8° y 9° del decreto ley N° 2.885, de 1979.” De esta manera, los derechos de los *rapa nui* para acceder a las tierras de Isla de Pascua están resguardados mediante las facultades que la ley otorga a la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, tanto para proponer las destinaciones de tierras en la isla, como para ejercer las atribuciones de la extinta Comisión de Radicaciones relativas a la constitución del dominio. Corresponde a esta entidad, y en particular a los representantes *rapa nui* que la integran, velar porque las destinaciones y transferencias de tierras fiscales en Isla de Pascua se ejecuten en favor de miembros de la etnia. No existe en la ley indígena ningún precepto que restrinja la transferencia de tierras desde el fisco a personas de origen *rapa nui* exclusivamente. Más aún, para efectos de constituir el dominio particular en Isla de Pascua mantiene su vigencia el D.L. 2.885 de 1979, lo que significa que podrán otorgarse títulos de dominio a favor de los chilenos originarios de la isla, entendiéndose por tales para estos efectos a los nacidos en ella y cuyo padre o madre cumpla esa condición. Podrán concederse también a los chilenos, no originarios de la isla, siempre que sean hijos de padre o madre nacidos en ella, que acrediten domicilio y residencia de cinco años y que ejerzan en ésta una profesión, oficio o actividad permanente. Por esta vía se abre la posibilidad de que chilenos no *rapa nui* accedan a estas tierras.²⁵⁹

Conforme a la normativa vigente, no todo el territorio de la isla es tierra indígena. Solo lo son las tierras transferidas en dominio a personas de origen pascuense en virtud de un título otorgado por el fisco de Chile, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 N° 4 de la Ley Indígena.^{260 261}

La dictación de la ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas ha significado importantes avances en la relación del Estado de Chile con el pueblo *rapa nui*. Por ejemplo, en virtud del Decreto N° 111 del Ministerio de Planificación

²⁵⁹ *Ibidem*. Pág. 142.

²⁶⁰ El Presidente de la República conserva la facultad de resguardar zonas determinadas de la isla exclusivamente para fines de investigación arqueológica o científica, o de interés cultural o nacional, donde no se aplicarán las normas de constitución de la propiedad particular. También podrá reservar terrenos de los sectores urbanos y rurales de la Isla de Pascua para fines turísticos, áreas de esparcimiento y deportes u otros de interés de la comunidad. En casos calificados y previo informe favorable de la Comisión de Desarrollo, podrá otorgar estos bienes en arriendo o concesión onerosa y gratuita, por un plazo de 20 años, renovables, a personas naturales o jurídicas de cualquier origen para destinarlos a algunos de los fines para los cuales estaban reservados. *Ídem*.

²⁶¹ *Ídem*.

y Cooperación, de 21 de junio del 2004, se declaró Área de Desarrollo Indígena la zona de Te Pito O Te Henua”. Persisten a la fecha, sin embargo, algunas contradicciones de la política pública que deben ser señaladas aquí, entre ellas²⁶²:

1º la falta de voluntad política para garantizar la participación efectiva de los rapa nui en la administración del Parque Nacional Rapa Nui;

2º el uso privativo y excluyente por parte del Parque Nacional Rapa Nui y del fundo fiscal Vaitea de un 75% de las tierras de Rapa Nui; y

3º la ausencia de una adecuada protección a la propiedad rapa nui sobre las tierras de Isla de Pascua, puesto que la ley indígena no garantiza el derecho exclusivo de este pueblo sobre un territorio escaso y, al permitir la enajenación de tierras entre rapa nui, favorece su acumulación.

Hasta no hace mucho, el año 2010, se pudo apreciar un conflicto, y que tomó un cariz de violencia policial con habitantes rapa nui, tras la ocupación del Hotel Hanga Roa por el Clan Hitorangui, del Centro Cívico y de la Plaza Riro Kainga, lo que demuestran la situación de enojo por los habitantes, ante la privación de su territorio ancestral.²⁶³ Ante tal situación, el gobierno reaccionó iniciando un proceso de diálogo consistente en la creación de mesas de discusión por sector. Sin embargo, también impulsó acciones tendientes a resolver el conflicto por la vía de su criminalización, acudiendo a la vía judicial penal y reforzando el contingente policial en la Isla de Pascua, el que ejecutó de manera violenta órdenes de desalojo administrativas y judiciales, además de asediar a la población e instaurar un clima de militarización inédito en Rapa Nui.²⁶⁴

Podemos concluir, que la historia del pueblo rapa nui bajo el alero de la República, es la de la “invisibilidad”. Para con ellos, ha habido prácticamente un completo olvido de parte del gobierno central, no obstante algunos planes para mitigar las condiciones de precariedad y olvido al que están expuestos sus habitantes. Antes los hechos de violencia que estallaron en 2010, y que la prensa medianamente cubrió, la realidad en que está

²⁶² *Ibidem*. Pág. 154.

²⁶³ *Los derechos del pueblo Rapa Nui en Isla de Pascua. Informe de Misión Internacional de Observadores a Rapa Nui*. [En línea]. Misión Internacional de Observadores a Rapa Nui...Op.cit. Pág. 23.

²⁶⁴ *Ídem*.

sumida la Isla se encontraba ignorada. Se hacen menester, por consiguiente, políticas de desarrollo concretas respecto de la situación de Isla de Pascua.

2.2.8. El pueblo Mapuche.

El pueblo Mapuche, que por los españoles fuera llamado Araucano, constituye el más emblemático y reconocido de nuestros pueblos indígenas, quizás porque su lucha aún hoy en día persiste. Sobre los mapuche, largamente, y ya de manera casi legendaria se cuenta su resistencia a la conquista española, poniendo freno al imperio europeo más poderoso de su tiempo, y al carácter independiente e indómito de la Araucanía durante los siglos en que la corona española regía América.

Su historia, sin embargo, es larga en nuestro territorio, y sorteando las viejas interpretaciones y teorías históricas que darían cuenta de un origen mapuche que llegó a Chile desde el este²⁶⁵, hoy puede señalarse conforme a cierta evidencia que hacia los años 500 a 600 a.C. ya existía en nuestro país una cultura que se puede denominar mapuche.²⁶⁶ Por lo demás, uno de los elementos que permite plantear hoy más claramente la influencia que ejercieron los grupos mapuches en una extensa zona del territorio chileno actual es, sin lugar a dudas, la unidad lingüística, manifestada en el mapudungun, que logró configurarse en un momento determinado de la historia en las poblaciones que habitaban, al menos, entre los valles centrales y Chiloé.²⁶⁷

Los *mapuche* ocupaban un extenso territorio que denominan *Mapunche Wajontu Mapu*²⁶⁸, y que comprendía básicamente cuatro orientaciones geográficas, correspondientes a los cuatro puntos cardinales: Huillimapu, al Sur, donde a su gente se les denomina Huilliches; Pincunmapu, para hacer referencia al norte del Bío-Bío, lugar de asentamiento Pikunche; Puelmapu, para hacer referencia a la población oriental Pehuenche de la

²⁶⁵ Es la llamada teoría de la “cuña araucana”.

²⁶⁶ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 319.

²⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 320.

²⁶⁸ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 157.

cordillera de los Andes y a los puelches, de allende los Andes²⁶⁹; por último, está el Lafquenmapu, hacia el oeste, que hace referencia a la costa y a su población Lafquenche. Si bien todas estas poblaciones han formado y forman parte del Pueblo Mapuche, históricamente se ha sostenido que la población mapuche propiamente tal, es decir que se denominaba sólo con el etnónimo mapuche, se asentó desde el río Itata hasta el Toltén. Los Pehuenches, gente del Pehuen o Piñón, ubicados en el Este, en sectores precordilleranos y cordilleranos, del Alto Bío-Bío, Lonquimay, y en una franja cordillerana desde los lagos Icalma al Panguipulli. Los Huilliches, instalados desde el sur del río Toltén hasta la Isla de Chiloé; y los Lafquenches situados en la franja marítima extendida desde Cañete hasta el río Toltén. Por último se habla de Pikunches cuando se hace referencia a la población que, a la llegada de los españoles, se ubicaba desde los valles centrales hasta el río Bío-Bío.²⁷⁰

Los *mapuche*, a la llegada de los españoles, vivían fundamentalmente de la caza, pesca y recolección. A pesar de practicar la horticultura en pequeña escala (plantaban papas y porotos pallares, y luego del avance incaico, maíz y quínoa), desarrollaron técnicas que les permitían vivir de los abundantes recursos que les proporcionaban los bosques, el mar, los lagos y ríos allí existentes. Por lo mismo, su relación con la tierra no era de propiedad, sino más bien de un usufructo comunitario de los recursos en ella existentes.²⁷¹ La vida política, social y cultural, así como su relación con la tierra y los recursos, estaba determinada por la pertenencia al *lof*, institución de tipo patrilineal cuyo liderazgo correspondía al *longko*²⁷², y por su pertenencia a una *ruka*, vivienda en que habitaban las extensas familias mapuche. La familia era el centro de la sociedad mapuche, y prácticamente la única institución social

²⁶⁹ A este respecto, debemos señalar que los pehuenches y mapuches de las pampas argentinas, en un principio pertenecían a una etnia distinta de la mapuche, los que pasan a formar parte de la “Nación Mapuche” hacia el siglo XVII. Con la llegada de los españoles, el conflicto bélico consecuentes empujó gradualmente a grupos mapuches hacia lugares más seguros, “araucanizando” con este proceso a los pehuenches de la Cordillera de los Andes, y a los habitantes allende ésta, al quedar expedito sus tránsito hacia las pampas, “araucanizando” a los pampeanos conocidos como tehuelches, también de un sustrato étnico distinto del mapuche. BENGGOA, José. *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX...* Op.cit. Pág. 53.

²⁷⁰ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 321.

²⁷¹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 158..

²⁷² Longko es sinónimo de cabeza o cacique. COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 655.

permanente.²⁷³ Los derechos y obligaciones de los miembros del *lof* estaban regulados por el *admapu* o derecho mapuche. La alianza territorial de varios *lof* daba lugar a un *rewe* y la de varios *rewe* a un *aila rewe*. Cada uno de estos *rewe* era política y territorialmente independiente.²⁷⁴ Se trataba, en síntesis, de un pueblo política, territorial y económicamente autónomo, cuyas autoridades ejercían jurisdicción, en base al *ad mapu* o sistema normativo propio, sobre los espacios territoriales que ocupaba.²⁷⁵

Ahora bien, la sociedad mapuche que vería el siglo XIX, siglo en el que finalmente la Araucanía es anexada al territorio nacional, sería muy distinta a la que vieron los españoles al llegar a Chile.²⁷⁶ El sistema económico basado en la caza y pesca, recolección de frutos, y la pequeña agricultura de hortalizas, dan paso a una economía ganadera, en base al ganado vacuno, ovejuno y equino, una agricultura a mayor escala, y el comercio, que introduciría en la sociedad mapuche aspectos de la sociedad colonial, influyendo en sus gustos y costumbres. En ese sentido, la sociedad mapuche se va moldeando desde la estructura nuclear basada en la familia, sin una mayor estratificación social, hacia el surgimiento de verdaderos señoríos.²⁷⁷ Las riquezas generadas por el comercio y la ganadería²⁷⁸, aún cuando no derivaron en la conformación de propiedad privada de la tierra entre los *mapuche*, posibilitaron el establecimiento de ciertos dominios de los *longko* o caciques sobre sus territorios, sustituyéndose así en parte la tradición de uso comunal de la tierra dominante en el pasado.²⁷⁹

Los efectos de la conquista hispana en los mapuche fueron diversos, dependiendo de su ubicación geográfica. No obstante su resistencia inicial a los españoles, los mapuches al norte del Bío Bío o *Pikun Mapu*, que habían estado sometidos al dominio incaico, terminaron por aceptar la presencia española así como a sus instituciones en sus territorios.

²⁷³ BENGOA, José. *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX...* Op.cit. Pág. 29.

²⁷⁴ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág.159.

²⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 159.

²⁷⁶ BENGOA, José. *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX...* Op.cit. Pág. 45.

²⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 46.

²⁷⁸ La ganadería fue su principal fuente de comercio. De hecho, el ganado constituyó en una primera fase la moneda de cambio por la que los mapuches adquirían los diversos productos del mundo español. *Ibíd.* Pág. 48.

²⁷⁹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág.159.

En el sur, por el contrario, los mapuches resistieron la ocupación española. A pesar de la penetración inicial de los hispanos, del establecimiento de fuertes en su territorio y de la distribución de su población en encomiendas, para fines del siglo XVI los mapuches habían logrado su expulsión y el afianzamiento de una autonomía política y territorial sobre el espacio de la Araucanía. Tal independencia sería reconocida a través de parlamentos celebrados periódicamente con las autoridades hispanas hasta fines de la colonia, entre los cuales se destacan Quilín los años 1641 y 1647, y Negrete el año 1726.²⁸⁰ El río Bío Bío pasó a ser la frontera entre ambas *naciones*, y en general así lo establecieron los diversos parlamentos, constituyendo un reconocimiento del estatus independiente de este pueblo y de su territorio.²⁸¹

Llegado el momento de la Independencia de Chile, la sociedad mapuche estaba dividida en “clanes” que ocupaban determinados espacios territoriales, estructurados básicamente en torno a diversas alianzas matrimoniales, en donde regía un cacique de preeminente influencia, a la cual otras familias incluso se encontraban subordinadas, destacando de entre estos clanes los Abajinos y los Arribanos. Entre sí tenían una gran rivalidad, y por lo demás tomaron partido respecto de uno u otro bando durante la guerra independentista, apoyando los primeros a los rebeldes contra la Corona, mientras que los segundos simpatizaban con los realistas; y esta política frente al conflicto no se limitó a tomar una determinada postura como observadores, sino que se fraguaron alianzas e incluso aportaron contingentes de mocetones para combatir, y los mismísimos caciques combatieron en las distintas batallas²⁸², especialmente durante el episodio de la “guerra a muerte”²⁸³. Concluido este episodio, viene un largo período en que el Estado no va a tener capacidad de preocuparse de lo que ocurre en la Araucanía. Se mantienen las mismas relaciones fronterizas del período colonial, el mismo sistema de administración y también un ejército de fronteras de características similares al colonial.²⁸⁴ Frente al Estado chileno, abajinos y arribanos igualmente tomarán partido. Los abajinos continuarán con su

²⁸⁰ *Ibíd.* Pág. 160.

²⁸¹ *Ídem.*

²⁸² BENGOA, José. *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX...* Op.cit. Págs. 71-72.

²⁸³ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 345.

²⁸⁴ *Ídem.*

inclinación al gobierno chileno, mientras que los arribanos desconfiarán de éste, principalmente del gobierno central de Santiago, por lo que incluso apoyarían a los federalistas de Concepción.²⁸⁵

El gobierno central no tardaría en fijar nuevamente su atención hacia ese territorio en el sur que dividía en dos al país, y que no se podía tolerar. La Araucanía pronto sería ocupada. El proceso de ocupación militar que la historiografía denominaría “Pacificación de la Araucanía”, que devendría en la radicación de los indígenas en reducciones -que dicho sea de paso, constituye la génesis primordial del actual llamado “conflicto mapuche”- tendría su origen bajo el mandato de José Joaquín Pérez, mediante la Ley de 4 de Diciembre de 1866, que declaraba fiscales las tierras de la Araucanía (todas las tierras al sur del río Malleco), y ordenaba se deslindaran los terrenos poseídos por indígenas, debiendo otorgárseles un título de merced sobre ellas. De acuerdo a esta ley, las tierras restantes serían vendidas por el Estado en pública subasta en lotes de 500 hectáreas y destinadas al establecimiento de colonias de nacionales y extranjeros.²⁸⁶

La radicación de los indígenas a través del otorgamiento de títulos de merced comenzó en 1883, luego de la ocupación del territorio mapuche. Como consecuencia de este proceso, los mapuches fueron confinados en cerca de 3.000 reducciones de carácter comunal con un total aproximado de 500 mil hectáreas de un territorio original estimado en 10 millones de hectáreas. La radicación sedentarizó a los mapuches en tierras reducidas de 6,18 hectáreas por persona, forzándolos a cambiar su economía de ganadera a agrícola, y su cultura, a través de la escuela y la evangelización. Los esfuerzos de los gobiernos de la época se orientaron a la colonización, primero con extranjeros y luego con nacionales, de los territorios arrebatados a los mapuche. Los remates en pública subasta permitieron la formación del latifundio en el área.²⁸⁷

Entre 1900 y 1931 se evidencia un proceso de incorporación subordinada, de la población mapuche a la sociedad nacional. Dentro de ese proceso, es posible distinguir tres grandes situaciones que definieron el carácter del Pueblo Mapuche. La primera es el

²⁸⁵ BENGOA, José. *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX...* Op.cit. Págs.87-88.

²⁸⁶ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 161.

²⁸⁷

término de la radicación, la segunda, la usurpación de las tierras reduccionales, y la tercera, la división de las comunidades. Dicho proceso desata una ola de violencia inusitada sobre las comunidades indígenas. La presencia del Estado solo alcanzaba a las ciudades, y en los sectores rurales, especialmente en la zona de frontera, dominaba la ley del más fuerte. Ante la violencia, los mapuches renuevan su capacidad de adaptarse y resistir culturalmente, transformándose así, en una sociedad de resistencia, que logra su supervivencia conservando y también readaptando sus costumbres, tradiciones, cultos y lengua. El ámbito social y territorial donde se desarrollará esta cultura de resistencia será durante todo el siglo XX, la comunidad de origen reduccional, en donde se establece el límite con la sociedad huinca; será el espacio material de la resistencia cultural donde las comunidades expresan lo que quedó del territorio. Son espacios cercados por fundos, haciendas, propiedades de colonos; pero, al fin y al cabo, son espacios territoriales propios.²⁸⁸ El proceso de radicación implicó por un lado poner fin a la riqueza material del Pueblo Mapuche, y además, la fragmentación de su organización social en pequeñas unidades que son las radicaciones.²⁸⁹ A su vez, la radicación realizada por el Estado, fue un hecho extraordinariamente conflictivo, que contribuyó a crear un conflicto que aún se mantiene latente.²⁹⁰

A contar de 1920, una vez concluida la radicación, el Estado promovería la división de las tierras mapuche en hijuelas individuales, así como su enajenación a no indígenas que las hicieran producir, dictándose diversas leyes especiales fueron en 1927²⁹¹, 1930²⁹², 1931²⁹³ y 1961²⁹⁴ para estos efectos. Entre 1931 y 1971 se dividieron 832 reducciones o comunidades *mapuche* de las casi 3.000 existentes, dando origen al parcelamiento de las tierras en hijuelas de propiedad individual. A pesar de que varias de estas leyes declararon

²⁸⁸ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 390.

²⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 391.

²⁹⁰ *Ídem*.

²⁹¹ En 1925 se había dictado la Ley de Propiedad Austral. La Ley N°4.169 de 20 de Agosto de 1927, establece el Tribunal Especial de División de Comunidades Indígenas Y reglamenta Procedimientos.

²⁹² Ley 4.802 de 24 de Enero de 1930, sobre División de Comunidades Indígenas, la cual además crea los Juzgados de Indios y Fija Sus Atribuciones.

²⁹³ Decreto Ley N° 4.111 de 12 de Junio de 1931, que fija el Texto Definitivo de la Ley sobre División de Comunidades, Liquidación de Créditos Y Radicación de Indígenas.

²⁹⁴ Ley 14.511 de 3 de Enero de 1961, que establece los Juzgados de Letras de Indios que Indica y Fija Normas Sobre División de Comunidades, Liquidación de Créditos y Radicación de Indígenas.

la inalienabilidad de las tierras divididas, se estima en al menos 100 mil has., un quinto del total, las tierras mapuches enajenadas a no indígenas durante este período.²⁹⁵ La Ley número 17.729 de 1972 aprobada durante el gobierno de Allende, norma que por primera vez se refiere al conjunto de pueblos indígenas del país, intentaba frenar el proceso divisorio de las tierras *mapuche* al disponer que las comunidades solo podrían dividirse por mayoría absoluta de comuneros o por razones técnicas; establece la posibilidad de restituir tierras a los indígenas utilizando para ello el mecanismo de la expropiación contemplado en la reforma agraria; y crea el Instituto de Desarrollo Indígena a fin de promover el desarrollo económico, social, cultural integral de los integrantes de los pueblos originarios.²⁹⁶ Las tierras expropiadas fueron asignadas a *mapuche*, siendo luego incorporadas como unidades de producción del sector reformado. La cantidad de tierra que les fue entregada en un lapso tan breve de tiempo fue significativa. El apoyo otorgado al desarrollo de las comunidades en las tierras recuperadas también fue importante.²⁹⁷ Sin embargo, las políticas que el gobierno de Allende aplicó a los mapuches, de un carácter marcadamente campesinista, siguieron subordinadas a proyectos que no eran definidos por ellos, tal como había ocurrido a lo largo de la historia republicana.²⁹⁸

La política de división de tierras indígenas se reanuda y tiene su auge durante el Gobierno Militar, época en que se dictó legislación (fundamentalmente Decretos Leyes 2.568 y 2.750 de 1979) que resultó en la división en hijuelas individuales de la casi totalidad de las comunidades reduccionales restantes a la época. El objetivo de esta legislación era acabar con el status especial de los indígenas y de sus tierras, integrándolos al régimen común del derecho nacional. Desde su aprobación en 1979 hasta el fin del régimen militar en 1990, alrededor de 2.000 comunidades mapuches fueron divididas, dando origen a alrededor de 72 mil hijuelas individuales con un total de 463 mil has. En promedio, cada hijuela entregada a los mapuches a consecuencia de la división de sus tierras tendría 6,4 has. Más aun, a pesar de que estas leyes prohibieron la enajenación de las hijuelas resultantes de la división, la práctica se dejó abierto su traspaso a no indígenas a

²⁹⁵ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 162.

²⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 163.

²⁹⁷ *Ibidem*. Pág. 164.

²⁹⁸ *Ibidem*. Pág. 165.

través de diversos contratos, tales como arriendos por 99 años, cesión de derechos, etc., los que proliferaron en el período.²⁹⁹

El minifundio al que dio origen la división de las tierras comunales incidió en el empobrecimiento de la población mapuche rural, lo que aceleró su migración a los centros urbanos. Este último fenómeno, verificado desde comienzos del siglo XX, quedaría claramente demostrado en el censo de 1992, que determinó que alrededor del 80% de la población *mapuche* era urbana, mientras que solo el 20% restante (192.763 personas) era rural.³⁰⁰

Tras el retorno de la democracia, y como consecuencia del Pacto de Nueva Imperial, se abre una nueva etapa, como ya hemos visto, para los pueblos indígenas del territorio, la cual se plasmó fundamentalmente en la Ley 19.253. Para el pueblo mapuche, este nuevo periodo tendría un particular cariz, basado en la criminalización de su demanda histórica por tantos siglos de atropellos y vejaciones.

La norma en cuestión reconoce, en su artículo 1 inciso 2º, a los mapuches como una de las principales *etnias* indígenas de Chile. En sus artículos 60 y 61, hace un reconocimiento específico a los Mapuches Huilliches, señalando que “son mapuches huilliches las comunidades indígenas ubicadas principalmente en la X Región y los indígenas provenientes de ella”³⁰¹, y que “Se reconoce en esta etnia el sistema tradicional de cacicados y su ámbito territorial.”³⁰²

Ahora bien, a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI, como organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del estado en favor del desarrollo integral de los indígenas, ha correspondido el rol principal en la ejecución de la política pública indígena y en el impulso de programas destinados a materializar los derechos que la ley reconoce a los indígenas y sus comunidades.³⁰³ Como consecuencia de la importancia política y del peso demográfico de los mapuche entre los

²⁹⁹ *Ibidem.* Pág. 162.

³⁰⁰ *Ibidem.* Pág. 163.

³⁰¹ Artículo 60.

³⁰² Artículo 61.

³⁰³ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 162.

distintos pueblos indígenas del país, CONADI ha centrado una parte significativa de sus políticas y recursos destinados a los pueblos indígenas a este pueblo en particular³⁰⁴, valorándose sus esfuerzos para poner en marcha un conjunto de políticas y programas que permitiesen la materialización práctica de los derechos reconocidos a los indígenas en la ley.³⁰⁵ Sin embargo, una gran piedra de tope, la constituyen los diversos proyectos de inversión, tanto públicos como privados, desarrollados en las áreas de concentración mapuche, esto es las Regiones del Bío-Bío, Araucanía, de los Ríos y de los Lagos, como por ejemplo forestales, proyectos hidroeléctricos, plantas de celulosa, etc. La situación de conflicto que en los últimos años se ha vivido en el territorio mapuche involucrando al Estado, empresarios, organizaciones y ciertas comunidades mapuche, resultando en situaciones de represión en contra de los mapuches, y en la formalización de sus dirigentes ha terminado por distanciar a una parte no menor del movimiento mapuche de CONADI. La representatividad de los dirigentes mapuche presentes en el consejo nacional de CONADI es débil. Ello sin duda limita la efectividad de CONADI como instancia de interlocución entre el mundo mapuche y el Estado para la resolución de dichos conflictos.³⁰⁶

Ataño, por consiguiente, ver en particular la criminalización del movimiento mapuche a raíz de estos hechos, liderado por algunas comunidades, en lo que se ha denominado mediáticamente “conflicto mapuche”, como si se tratase de un conflicto generado por éste pueblo, en el que sólo a ellos cupiera la total responsabilidad o no hubiesen otros actores involucrados.³⁰⁷ Por lo demás, ha generado la idea de que todos los mapuches se encuentran “alzados en armas” contra el Estado chileno, en circunstancias que la generalidad de las comunidades mapuche constituidas, o las diversas agrupaciones indígenas existentes en el Bío-Bío y la Araucanía, no mantienen una movilización constante al respecto, y por el contrario tratan de vivir en la mayor paz que les es posible.

³⁰⁴ En el censo de 1992 se midió una población mapuche mayor de 14 años en 928.000 personas, y para el censo de 2002 la población mapuche se estimó en 604.349 personas, que constituyen el 87,3% del total de la población indígena del país a esa fecha. *Ibídem.* Pág. 167.

³⁰⁵ *Ídem.*

³⁰⁶ *Ibídem.* Pág. 172.

³⁰⁷ *Ibídem.* Pág. 224.

Son relativamente pocas las comunidades que realmente mantiene una demanda asociada al conflicto.

Éste “conflicto”, se ha manifestado principalmente en movilizaciones de agrupaciones y comunidades mapuche –incluyendo marchas, huelgas de hambre, bloqueos de caminos, acciones en contra de predios y maquinarias fundamentalmente– en protesta por proyectos de inversión públicos o privados que hoy se emplazan o se planifican en sus territorios ancestrales, ocupaciones de predios reclamados por las comunidades hoy en poder de no indígenas, tala de bosques de empresas forestales, enfrentamientos entre comuneros indígenas y fuerzas policiales o guardias de seguridad, represión policial, detención y seguimiento de dirigentes mapuche involucrados en estas hechos, y acciones de agricultores o personas no identificadas en contra de líderes indígenas; constituyendo algunos los hechos más frecuentes ocurridos a contar del año 1997 en especial en las regiones del Bío Bío y La Araucanía.³⁰⁸

Parece incomprensible este actuar de aquéllas comunidades mapuche en defensa de sus derechos, en ésta era, finales del siglo XX y principios del siglo XXI, pero es que seguimos viendo a los mapuches desde nuestra propia vereda de la “civilización” -al igual que se hacía en el siglo XIX, cuando se les “pacificó” por el ejército, o cuando se alzaron en armas frente a la ocupación de la Araucanía en el Levantamiento de 1881, en el que elevaron su último y heroico grito de guerra, sucumbiendo y siendo finalmente subyugados-, y no se ha pensado la relación con los pueblos indígenas en general, y de los mapuches en particular en su constante y admirable defensa de su libertad, desde su propia visión, para tratar de llegar a un entendimiento. No se ha tratado de entenderlos para efectivamente dar solución al problema.³⁰⁹ El actuar del Estado, ha sido “multifacético” a la hora de abordar el mal llamado “conflicto mapuche”, especialmente durante los mandatos de la Concertación: mientras el Coordinador de Política Indígena del gobierno

³⁰⁸ Ídem.

³⁰⁹ El informe de la Comisión de Verdad Histórica, del cual hemos seguido de cerca sus planteamientos en el presente trabajo, constituye un instrumento sumamente valioso, sin parangón en la historia de Chile, para esta comprensión, toda vez que emana del mismo poder ejecutivo, es decir del propio Estado. Pero lamentablemente, su minucioso estudio de la historia y realidad de los pueblos indígenas del país, así como sus propuestas, han quedado sepultados con los años, y no se le dio la importancia que dicho instrumento hubiese significado y aportado.

generalmente negocia la solución a los conflictos territoriales con distintas identidades mapuche involucradas en ellos, y la CONADI sigue adelante su política de adquisición de tierras en conflicto, muchas de ellas ocupadas por comunidades mapuches, el Ministerio del Interior reaccionó con energía frente a dichos conflictos, persiguiendo judicialmente a los mapuche por sus acciones, recurriendo para estos efectos a legislación de excepción utilizada por el régimen militar, como son el Decreto N° 890 que fija el texto actualizado de la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado, , y Ley Antiterrorista, N°18.314, para reprimir los hechos criminales.³¹⁰

La utilización de la ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, para juzgar a pobladores pertenecientes al pueblo mapuche, ha sido cuestionada ampliamente por los defensores y órganos internacionales de derechos humanos, toda vez que debilita garantías constitucionales procesales, como son el debido proceso. Este cuerpo legal permite el establecimiento de actividades que vulneran garantías constitucionales y judiciales en perjuicio de imputados en procesos penales. Así, bajo esta ley, se permite, entre otros, la utilización de los llamados “testigos y peritos sin rostro”, el aumento de los plazos de detención, el establecimiento de secreto de la investigación por un tiempo más amplio como, asimismo, incrementar sustantivamente la penalidad de los delitos sancionados.³¹¹ Human Rights Watch señaló en 2006 que “la aplicación de la legislación antiterrorista para lidiar con el conflicto mapuche no es coherente con el reconocimiento que los propios gobiernos de la Concertación han hecho de la inexistencia en nuestro país del flagelo del terrorismo, el que implica actos mucho más graves y desestabilizadores que los incendios y otros actos violentos ocurridos en el sur de nuestro país, los cuales aunque ciertamente delictivos, no son necesariamente terroristas”.³¹² Por su parte, la Ley de Seguridad del Estado reserva al gobierno y otras autoridades estatales la posibilidad de interponer un requerimiento ante la Corte de Apelaciones respectiva cuando se considere que se ha verificado alguna de las conductas tipificadas en ella, muchas de las cuales están descritas en forma vaga; dispone la aplicación de un procedimiento judicial propio de la

³¹⁰ *Ibidem*. Pág. 226.

³¹¹ *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Hechos 2006*. [En línea] Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. 2007. [fecha de consulta: 27 de agosto de 2013] Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/pueblos_indigenas1.pdf> Pág. 394.

³¹² Citado en *ibídem*. Pág. 396.

justicia militar, que instruye un juez especial, el cual puede apreciar la prueba en conciencia, esto es, con mayor discrecionalidad que en la generalidad de los casos; y restringe la posibilidad de impugnar la sentencia definitiva.³¹³ Varios son los casos en que personas mapuches han debido comparecer ante la Justicia Militar durante el curso de los años, ya sea como acusados de cometer delitos en contra de policías de Investigaciones o Carabineros, o como víctimas al denunciar delitos cometidos por la policía.³¹⁴

Ahora bien, igualmente se han registrado hechos de violencia durante el momento de la detención, verificándose principalmente durante operativos de desalojo que se realizan ante la movilización de las comunidades que ocupan predios o fundos como forma de protestar y exigir su restitución. En estas actuaciones, Carabineros ha desplegado vehículos y funcionarios de manera excesiva, utilizando fuerza desproporcionada en contra de los mapuches, especialmente contra sus líderes y autoridades tradicionales. También durante los allanamientos que se han practicado dentro de las comunidades a las que sea socia el conflicto, viéndose principalmente afectados en estos casos ancianos, mujeres y niños.³¹⁵ Durante estos tipos de procedimientos policiales, se produjeron las muertes Alex Lemún y de Matías Catrileo, en plena democracia, bajo los gobiernos de la Concertación, lo cual es sumamente grave.

Todo éste panorama respecto de las comunidades que enarbolan el movimiento mapuche, constituye una de las grandes deudas pendientes para con el pueblo mapuche. Estigmatiza a la *etnia* mapuche en general, opaca las labores realizadas por la CONADI, y respecto de los mapuches que específicamente se ven afectados por el “conflicto” constituye una grave serie de violaciones a los derechos humanos, que no pueden tolerarse en un Estado Democrático de Derecho.

2.2.9. Los Pueblos Indígenas Australes: Aónikenk, Selk’ nam, Yaganes y Kawésqar.

“Se trata de una gran tragedia. La más grande cometida contra los pueblos indígenas en el territorio chileno. Fue un proceso de exterminación lo que allí ocurrió. Se trata de un

³¹³ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Págs. 239-240.

³¹⁴ *Ibidem*. Pág. 243.

³¹⁵ *Ibidem*. Pág. 253.

genocidio. En las últimas décadas del siglo diecinueve y las primeras del siglo veinte, la política de concesiones del Estado, la introducción del ganado lanar en las estepas del sur del mundo, condujeron a la eliminación física de buena parte de los Aónikenk, a la totalidad de los Selk'nam y a prácticamente todos los pueblos canoeros, Kawésqar y Yagán.”³¹⁶ Así se refiere el Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato al destino que sufrieron estos pueblos.

2.2.9.1. Los Aónikenk

Los aónikenk³¹⁷ o denominados también Tehuelches, ocuparon un vasto espacio estepario situado entre el estrecho de Magallanes y el río Santa Cruz, comprendiendo terrenos de lo que hoy es Chile y Argentina.³¹⁸

El Pueblo aónikenk era de carácter nómada, y recorría grandes trayectos entre el interior o a lo largo de las costas, dedicándose fundamentalmente a la caza de guanacos y avestruces, de los que no sólo obtenía alimento sino también los materiales para vestido, abrigo, habitación y otras necesidades. Su organización social se basaba en grupos emparentados entre sí, conformados por unas cincuenta a cien personas segmentados en unidades familiares mínimas de padres, hijos y algún anciano. Todos gozaban del libre derecho al uso de los recursos existentes en el área y se reconocían como pertenecientes a una agrupación especial. Las jerarquías formales de mando, solo se daban en caso de situaciones de conflictos mayores o de la preeminencia momentánea en la caza, en virtud de ciertas habilidades especiales.³¹⁹

El interés de las autoridades chilenas comienza cuando son difundidos los resultados de los trabajos hidrográficos y observaciones científicas, realizados durante las expediciones de los ingleses Phillip Parker King y Robert Fitz Roy, en las dos primeras décadas del siglo XIX. Es así, que el gobierno chileno instala el Fuerte Bulnes hacia 1843 y fundándose Punta Arenas en 1848, ambos a la orilla del Estrecho de Magallanes; hitos

³¹⁶ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 478.

³¹⁷“Aónikenk” corresponde al nombre con que sea autodenominaba éste pueblo.

³¹⁸ *Ibídem.* Pág. 479.

³¹⁹ *Ibídem.* Pág. 480.

que marcaron el inicio del proceso colonizador del territorio aónikenk. Desde un comienzo, los indígenas se acercaron en actitud amistosa a estos asentamientos, estableciendo con los afuerinos relaciones pacíficas basadas en el intercambio de sus bienes, tales como pieles, plumas y carne de guanaco, por productos traídos por los colonos, como yerba mate, azúcar, tabaco y alcohol.³²⁰ Incluso, en 1844 el cacique Santos Centurión y el gobernador, sargento mayor, Pedro Silva suscriben un “Tratado de Amistad y Comercio”, en virtud del cual se convino el libre tránsito y comercio entre las partes, a cambio del reconocimiento por los indígenas de la jurisdicción chilena sobre el territorio patagónico.³²¹

Posteriormente, con el aumento poblacional experimentado a contar de 1860 en Punta Arenas, el auge económico, la proliferación de la industria maderera y aurífera, la caza de mamíferos, el comercio y la delimitación de sus jurisdicciones territoriales entre Chile y Argentina en virtud del Tratado limítrofe de 1881, entre otras causas, vendría a poner fin a la importancia que para las autoridades chilenas tuviera en un comienzo la relación establecida con los aónikenk.³²²

A partir de 1878, el estado concesiona a particulares los territorios ancestrales de los aónikenk para el desarrollo de la industria ganadera, interrumpiendo con ello sus desplazamientos, y los abusos cometidos por los nuevos propietarios en contra de los indígenas, hicieron que los Aónikenk abandonaran gradualmente el territorio chileno, para asentarse en territorio argentino.³²³ Pestes igualmente mermaron su población, migrando los sobrevivientes hacia la Argentina. Las últimas bandas de aónikenk que se registran, fueron vistas el año 1927.³²⁴

2.2.9.2. Los Selk’nam

Los sel’knam³²⁵, también conocidos como Onas, constituían un pueblo de cazadores recolectores nómadas que habitaron las estepas y bosques de la Isla Grande de Tierra del

³²⁰ *Ibidem.* Pág. 483.

³²¹ *Ídem.*

³²² *Ibidem.* Pág. 484.

³²³ *Ibidem.* Pág. 484.

³²⁴ *Ibidem.* Pág. 485.

³²⁵ “Selk’nam” corresponde al nombre con que se autodenominaba éste pueblo, mientras que “ona” es la denominación que los yaganes les dieron.

Fuego.³²⁶ Constituían pequeños grupos formados por unas pocas familias, las que en conjunto no sumaban más de veinticinco o treinta personas. Con un fuerte concepto de territorialidad, cada uno de estos grupos familiares vivía dentro de un territorio o *haruwen*, cuyos límites geográficos estaban claramente preestablecidos, los que debían ser respetados por los vecinos para asegurar una buena convivencia, y dentro de los cuales tenían derecho a cazar, recolectar frutos silvestres, seleccionar materias primas para diversos usos, establecer sus lugares de campamento y realizar todas las actividades necesarias para su subsistencia.³²⁷

La colonización del territorio selk'nam comienza en 1883, siendo esta propiciada desde el Estado mediante el otorgamiento de grandes extensiones de terreno a empresas principalmente de origen extranjero. La primera concesión de tierras fue otorgada en 1885 a la sociedad Werhahn y Cía., entregándose entre los años 1899 y 1890 más tierras en concesión a otros particulares. Estas tierras constituyeron la base de la Sociedad Explotadora de Tierra del Fuego constituida en 1893.³²⁸ Debido al pensamiento imperante en la época, los colonizadores consideraban que con su presencia llevaban a cabo una labor civilizadora y en pos del progreso, al hacer producir un territorio enorme y supuestamente virgen. Dicha labor era amparada por la autoridad y las leyes del Estado, respecto a la propiedad; en este contexto los indígenas solo eran un obstáculo que debía ser superado.³²⁹

La presencia de una gran cantidad de ganado ovino en Tierra del Fuego atrajo el interés de los indígenas, quienes consideraban el territorio como de su propiedad y, por tanto, también los animales que allí pastaban, dedicándose a la caza de ovejas³³⁰ o “guanacos blancos” como las llamaban. Las ovejas ocupaban efectivamente, grandes territorios y competían con los guanacos por los mejores pastos, por lo que estos últimos fueron parcialmente desplazados hacia territorios cada vez más australes, comenzando a escasear como recurso alimenticio, y que constituía el más importante, de los selk'nam en el norte de la Isla, por lo que fue prácticamente inevitable que comenzaran a cazar ovejas.

³²⁶ *Ibidem.* Pág. 487.

³²⁷ *Ibidem.* Pág. 488.

³²⁸ *Ibidem.* Pág. 495.

³²⁹ *Ídem.*

³³⁰ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 348.

Dicha situación generará serios conflictos entre selk'nam y estancieros.³³¹ La Sociedad Explotadora de Tierra del Fuego impulsó agresivas prácticas en contra de los indígenas, ya que al ocupar la totalidad del territorio que le correspondía, y que era el centro del territorio selk'nam, erigió centros de trabajo y cercó los campos, restringiendo la movilidad de los pobladores originales.³³² Para resguardar su propiedad, la Sociedad contrató personal especializado para vigilar a los indígenas imponiendo una verdadera política de guerra, con el objeto de dejar sus campos “limpios” de aquellos para la colonización pastoril. Este personal junto al de otras estancias sería el responsable directo de la muerte de más de 300 indígenas.³³³ Ese sería el comienzo de una escalada de persecuciones y cacerías contra los selk'nam que diezmarían dramáticamente su población. Se les cazó como verdaderos animales. A eso ha de sumarse el traslado de algunas familias, aunque con el objeto, en definitiva, de darles cierta protección, a misiones salesianas y anglicanas, donde de todas maneras morirían muchos a causa de enfermedades como tuberculosis y neumonías, así como la inactividad y el desarraigo. Estos sucesos y otros que siguieron, llevaron a que en alrededor de 20 años fueran eliminados los indígenas de Tierra del Fuego, dejando libre el territorio a la colonización ganadera.³³⁴ Para el año 1920 se contaban menos de 300 indígenas selk'nam.³³⁵ En 1966 quedaban solamente 13 selk'nam, en su mayoría mestizos, en el sector argentino de la isla de Tierra del Fuego. Finalmente en mayo de 1974, muere en la ciudad de Río Grande, Ángela Loij, la última selk'nam.³³⁶

2.2.9.3. Los Yagán

Los yagán o Yámanas, constituyeron un pueblo fundamentalmente canoero, que habitaba originalmente en el sector circundante a los canales y costas sudoccidentales de Tierra del Fuego, entre el canal Beagle y el Cabo de Hornos, recorriendo en sus desplazamientos otros distritos al occidente de canal Murray, comprendiendo la isla Hoste

³³¹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 495.

³³² Ídem.

³³³ Ibídem. Pág. 496.

³³⁴ Ibídem. Pág. 500.

³³⁵ Ibídem. Pág. 502.

³³⁶ Ídem.

y las islas que se encuentran a la entrada del canal Cockburn, así como hacia el este de Navarino, al conjunto de islas que enfrenta el Atlántico, y hacia el sur, el archipiélago del Cabo de Hornos. Hacia fines del siglo XX, habitan en Villa Ukika, Puerto Williams.³³⁷

El auge de la actividad minera y el comercio en las islas al sur del Beagle, llevaron al gobierno chileno a fines del siglo XIX a desarrollar un plan de colonización en la zona.³³⁸ Se crea Puerto Toro en la isla Navarino y es instalada una línea marítima regular entre Punta Arenas y el área habitada por los yagán, y a partir de 1891, la gobernación de Magallanes otorgó sucesivas concesiones provisorias de los terrenos de isla Navarino a favor de colonos particulares. En consecuencia, Para comienzos del siglo XX, las tierras ancestrales de los yagán tanto del sur como del norte del Beagle fueron ocupadas por extranjeros.³³⁹

En tales circunstancias, para el año 1923 se estimó la población yagán en cerca de setenta personas, aun manteniendo sus condiciones de vida nómadas-canoeras, viviendo de la caza y pesca, y conservando aún varias de sus costumbres religiosas. Hacia el año 1946, los yagán sumaban sesenta y tres personas, que experimentaban un fuerte proceso de aculturización y descenso demográfico, por muerte o mestizaje. Para 1960, los escasos sobrevivientes yagán se habían refugiado en las áreas de Puerto Remolinos en Argentina, y bahía Mejillones e Isla Navarino en Chile. Sin embargo, por órdenes de las autoridades navales de Puerto Williams, comenzaron a ser erradicados en Villa Ukika.³⁴⁰ Los efectos del traslado a Villa Ukika pronto se harían visibles; ya para comienzos de la década de 1970, además de que la población llegaba a unas 58 personas, tuvo una gran incidencia en el proceso de aculturización de este pueblo. La utilización de los servicios de salud, educación, y comunicaciones, y el contacto permanente con la cultura nacional, llevaron a la pérdida de los pocos patrones culturales ancestrales aún presentes veinticinco años atrás.³⁴¹

³³⁷ *Ibidem.* Pág. 504.

³³⁸ *Ibidem.* Pág. 509.

³³⁹ *Ibidem.* Pág. 510.

³⁴⁰ *Ibidem.* Págs 510 - 513.

³⁴¹ *Ibidem.* Pág. 513.

La mayor parte de la población yagán laboralmente activa de isla Navarino vive de los ingresos que le reportan la venta de artesanías tradicionales, consistente en cestería confeccionada con juncos, y antiguas canoas de su cultura hechas de corteza de madera o cuero de lobo marino. Otra de sus actividades es la comercialización de productos del mar y la construcción de embarcaciones para la pesca. En términos generales, el presente del pueblo yagán está marcado por una lógica de subsistencia, y la mayor parte de él vive en condiciones de pobreza.³⁴²

2.2.9.4. Los Kawésqar

Los Kawésqar o Alacalufes³⁴³, pueblo de nómades marinos, antiguamente extendían su territorio en el sector de los canales australes ubicados entre el golfo de Penas al norte y el estrecho de Magallanes, por el sur, en la península de Brecknock. Hoy habitan, principalmente, en Puerto Edén, Puerto Natales y Punta Arenas.³⁴⁴

La declaración del gobierno de Chile, a fines del siglo XIX, de las tierras de la Patagonia como territorio de colonización ganadera, también afectó al pueblo Kawésqar ya que incluía las tierras aledañas a los canales que recorrían, sobre todo el sector de Última Esperanza³⁴⁵ La presencia de los colonos desembocó en numerosos conflictos con aquellos, muchas veces motivado por el robo de ganado imputado a los kawésqar, costando la vida de indígenas y colonos. Por tal razón, la relación las autoridades de Magallanes, a menudo consistían en la actividad punitiva a los indígenas.³⁴⁶

En la década de 1860, los kawésqar comienzan a relacionarse con loberos y nutrieros que surcan los mismos canales. Producto de este contacto, entre 1880 y 1930, se produjeron grandes modificaciones en la forma de vida de estos indígenas, así como severas consecuencias demográficas.³⁴⁷

³⁴² *Ibidem*. Pág. 513 - 514

³⁴³ El nombre “kawesqar” correspondería a la autodenominación que daba éste pueblo; “alacalufe”, como comúnmente se les ha denominado también, es de origen desconocido.

³⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 515.

³⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 521.

³⁴⁶ *Ídem*.

³⁴⁷ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 355.

Por su parte, la penetración de colonos en terrenos nuevos y aún desconocidos de los archipiélagos iba en aumento, hallándose terrenos aceptables para la ganadería en las regiones más inhóspitas y hasta en Última Esperanza. En ésta, otrora un importante centro de población kawésqar, se levantó la ciudad de Puerto Natales, la que luego se uniría por un camino a Punta Arenas. La creación de ambos centros, los únicos del territorio chileno austral, ejerció cierta influencia, aunque limitada, sobre la demografía y la repartición de los kawésqar, quienes se mantuvieron al margen de la población blanca, abandonando sus viajes al sector oriental del Estrecho de Magallanes.³⁴⁸

Las últimas décadas del siglo XX se caracterizan por la migración de la mayor parte de la población hacia ciudades. En 1996 la población kawésqar de Puerto Edén estaba compuesta de doce personas. En las cercanías de la isla Guarelo también se encontraba un sitio de permanencia temporal, desde hace unas décadas, donde habitaban dos personas. La reducción de la población en Puerto Edén se ha debido a las pobres condiciones de subsistencia en la zona, produciéndose una migración hacia Punta Arenas y Puerto Natales, formándose así un grupo de kawésqar urbanos, quienes comercian artesanía, trabajan como integrantes de cuadrillas de pescadores y recolectores de mariscos o reciben algún tipo de pensión por parte del gobierno. De la comunidad residente en Punta Arenas, solo un 6% habla su idioma y experimentan un fuerte proceso deculturativo.³⁴⁹

2.2.9.5. Los pueblos indígenas australes y la Ley 19.253.

La Ley 19.253 señala a las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes, como unas de las principales *etnias* que el Estado reconoce.³⁵⁰ En el artículo 72, señala específicamente que “son indígenas de los canales australes los yámanas o yaganes, kawaskhar o alacalufes u otras etnias que habiten en el extremo sur de Chile y los indígenas provenientes de ellas.” En virtud de la extinción del territorio que sufrieron dos etnias, y el ínfimo número de sobrevivientes de las dos etnias que reconoce la Ley, en su artículo 73 “se establece la protección y desarrollo de las comunidades indígenas

³⁴⁸ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 523.

³⁴⁹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 356.

³⁵⁰ Artículo 1 inciso 2°.

supervivientes de la XII Región. Los planes que la Corporación (CONADI) realice en apoyo de estas comunidades deberán contemplar: a) apoyo en salud y salubridad, b) sistemas apropiados de seguridad social, c) capacitación laboral y organizativa y d) programas de autosubsistencia de sus miembros. La Corporación tendrá a su cargo la realización de un plan especial para el desarrollo y protección de estas comunidades.” Por su parte, el artículo 74 señala que la CONADI, “en relación con los indígenas de los canales australes, procurará:

- a) Estimular la participación de ellos en los planes y programas que les atañen.
- b) Obtener su reasentamiento en sus lugares de origen u otros apropiados.
- c) Establecer zonas especiales de pesca y caza y áreas de extracción racional de elementos necesarios para su supervivencia y desarrollo.
- d) Conservar su lengua e identidad.”

En aplicación de la ley se creó en 1994 la Oficina de Asuntos Indígenas de Punta Arenas, que depende de la Dirección Nacional de la CONADI, para impulsar políticas de reforzamiento cultural, desarrollo económico, y la recuperación y reinstalación en tierras ancestrales de estas comunidades.³⁵¹ Consecuente con estas disposiciones, aunque tardíamente respecto de la entrada en vigencia de la Ley 19.253, y por lo demás solamente circunscrita al pueblo yagán, por Decreto Supremo N° 279 del Ministerio de Planificación y Cooperación de 28 de Abril de 2006, se declaró Área de Desarrollo Indígena la zona de Cabo de Hornos.

Respecto de estos pueblos supervivientes, toda política pública que se implemente debe ser cuidadosa, toda vez que se trata de dos pueblos que han sufrido un duro proceso de aculturación, cuyos últimos representantes se encuentran en clara vía de extinción como etnia. Por ello, su integración y ayuda, debe ser cautelosa de ser integracionista, bajo riesgo de que finalmente estas dos culturas australes restantes se extingan como ocurrió con los Aónikenk y los Selk’nam.

³⁵¹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 357.

CAPITULO TERCERO

ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA LEY 19.253 QUE ESTABLECE NORMAS SOBRE PROTECCION, FOMENTO Y DESARROLLO DE LOS INDIGENAS, Y CREA LA CORPORACION NACIONAL DE DESARROLLO INDIGENA.

1. Introducción

La Ley 19.253 publicada en el Diario Oficial el 5 de Octubre de 1993, constituye la principal norma aplicable a los pueblos indígenas.

Hasta ahora hemos hecho referencia a ella desde la óptica de cada *etnia* indígena en particular, sin embargo, y no obstante las diferencias que cada una de ellas presenta, ésta norma las ha agrupado y *generalizado*, haciéndoles común aplicación de sus normas³⁵². Por tal motivo, es menester analizar los principales aspectos de sus normas, para luego analizar como efectivamente ésta normativa se encarga de integrar o no a los pueblos indígenas.

2. Breve referencia a su origen

Ésta norma encuentra su génesis en las demandas de los pueblos indígenas a finales del Régimen Militar, que comienzan a reorganizarse y fortalecerse para hacer frente a la legislación y políticas asimilacionistas³⁵³ de dicho periodo de la historia de nuestro país, y de los propios pueblos indígenas del territorio. Tales reivindicaciones consistían principalmente en el reconocimiento de su diversidad étnica y cultural, la participación de sus representantes en la conducción de la política indígena del estado, la protección legal de sus tierras y aguas, el otorgamiento de tierras fiscales o de tierras particulares adquiridas

³⁵² Lo cual se entiende, sin perjuicio de la mezquina reglamentación que la propia ley hace en su Título VIII, para los Mapuches Huilliches; los Aymaras, Atacameños y demás comunidades indígenas del Norte del País; a los Rapa Nui; y a los indígenas de los Canales Australes, estableciendo disposiciones particulares complementarias respecto de éstos.

³⁵³ AYLWIN, José. *Implementación de Legislación y Jurisprudencia Nacional Relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas: La Experiencia Chilena*. [En línea] Documento de Trabajo N°3. Observatorio Ciudadano. 2005. [Fecha de consulta: 15 de Mayo de 2013]. Disponible en: <http://www.idhc.org/esp/documents/Conflictos/Mapuche/conflicto/Dcto_Chile_conf_UNU_final%20publicado.doc>. Pág. 4.

por el Estado a objeto de revertir el proceso de descomposición de sus comunidades, y el apoyo al desarrollo económico y cultural de sus pueblos y comunidades³⁵⁴.

Con el retorno de la democracia, la Comisión Especial de los Pueblos Indígenas (CEPI), creada por el gobierno de Patricio Aylwin Azócar -en concordancia con los lineamientos del Pacto de Nueva Imperial en 1989, previo a que la Concertación asumiera el gobierno-, recogió en lo central tales reivindicaciones, elaborando en 1991 un anteproyecto de reforma legal y constitucional sobre la materia, así como la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT³⁵⁵. De ellas, la reforma constitucional que consagra a los pueblos indígenas es aún materia pendiente, y la ratificación del Convenio N° 169 tardo 17 años en tramitarse, siendo finalmente promulgada y publicada en 2008³⁵⁶. El proyecto de ley indígena fue aprobado el año 1993 en el Congreso, aunque, con importantes modificaciones que debilitaron en forma considerable el reconocimiento de las demandas indígenas. Dicho cuerpo legal, consiste en la actual Ley 19.253, promulgada el 28 de Septiembre de 1993, y publicada el 5 de octubre de ese mismo año.³⁵⁷

3. Principales derechos contenidos en la ley 19.253, y análisis crítico de sus disposiciones

Los derechos que la Ley 19.532 consagra, se pueden agrupar en cuatro categorías: derechos políticos y participatorios, derechos a la tierra y el agua, derechos culturales y derecho al desarrollo. Sin embargo, la legislación vigente vio mermadas, como se dijo, muchas de las aspiraciones y reclamaciones de los grupos indígenas, y en igual manera, resulta insuficiente en muchos aspectos en comparación a los estándares internacionales al respecto.

³⁵⁴ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 9.

³⁵⁵ Ídem.

³⁵⁶ AYLWIN, José. *Implementación de Legislación y Jurisprudencia Nacional Relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas: La Experiencia Chilena...* Op.cit. Pág. 4.

³⁵⁷ Ídem.

3.1. Derechos políticos y participatorios

Con el fin de poner término a la marginación de que los indígenas en Chile habían sido objeto en el pasado³⁵⁸, en esta materia se reconoció a los indígenas su carácter de *etnia*, más no de pueblo, así como el derecho a agruparse en comunidades territoriales o en asociaciones funcionales (artículos 36 y 37); el derecho de estas entidades a ser escuchadas y consideradas en su opinión por los servicios de la administración del Estado cuando estos trataran materias que pudiesen afectarles (artículo 34); a ser consideradas en la administración de las áreas silvestres protegidas ubicadas en Áreas de Desarrollo Indígena o ADI (artículo 35); y el derecho a una representación minoritaria y de elección indirecta en el consejo nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI (artículo 41), que constituye el órgano máximo de esta entidad encargada de la conducción de la política indígena del Estado (artículo 38). Asimismo se reconoce la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, como derecho, siempre que no fuese incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal, esta puede ser considerada como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad (artículo 54)³⁵⁹.

No obstante muchas de las demandas de los pueblos indígenas, que en consonancia con las tendencias del derecho internacional y comparado, decían relación con el reconocimiento de su carácter de *pueblos* al interior del Estado chileno y de los derechos colectivos, como participación, autonomía, y autogestión, que son inherentes a este carácter, no fueron acogidas en la Ley 19.253³⁶⁰. Dadas las limitaciones de la propuesta de ley, y las modificaciones de que fue objeto en el Congreso, la participación consignada en la ley es de carácter meramente consultivo. La ley tampoco permite niveles mayores de asociatividad indígena, al no contemplar la posibilidad de constituir federaciones de

³⁵⁸ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 10.

³⁵⁹ AYLWIN, José. *Implementación de Legislación y Jurisprudencia Nacional Relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas: La Experiencia Chilena...* Op.cit. Pág. 5.

³⁶⁰ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 16.

asociaciones o comunidades indígenas³⁶¹. Por lo demás, resulta sumamente escueta la referencia a la costumbre indígena en materia judicial, no dejando mayor cabida en nuestra legislación para el derecho consuetudinario propio de los pueblos indígenas³⁶². Todo ello obstaculizó la efectividad del derecho a la participación indígena reconocido en la ley. En cuanto a los derechos políticos que reconoce, éstos son prácticamente inexistentes³⁶³.

3.2. Derecho a la tierra y al agua

El artículo 580 del Código Civil, históricamente fue nefasto para los pueblos indígenas de Chile. En virtud de dicha norma, el Estado declaró fiscales los territorios de los pueblos aymaras, lickanantay y demás del Norte de Chile, tras la Guerra del Pacífico; en 1933 el Fisco inscribió a su favor los terrenos de Isla de Pascua; aún antes de la ofensiva militar efectiva, aunque por norma especial, bajo el mandato de José Joaquín Pérez, se declararon fiscales las tierras de la Araucanía. Otro tanto, se hizo con las tierras del extremo austral para su colonización y explotación.

En este ámbito el énfasis de la ley estuvo puesto en el reconocimiento de las tierras indígenas, esto es, aquellas que las personas o comunidades indígenas ocupan en propiedad o posesión provenientes de títulos reconocidos por el Estado a indígenas, así como aquellas que sean inscritas en el Registro de tierras indígenas o declaradas como tales a futuro por los tribunales de justicia (artículo 12). La ley puso énfasis además en la protección jurídica de dichas tierras indígenas, para impedir que fuesen enajenadas y traspasadas a no indígenas, tal como había ocurrido en el pasado, disponiendo al respecto que estas no pueden ser, por regla general, enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción (artículo 13). Finalmente, estableció un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas para posibilitar la compra de predios vía subsidio o en casos de conflicto, para la adquisición o regularización de derechos de aguas, y para posibilitar el traspaso de tierras fiscales a indígenas y comunidades que carecen de ellas (artículos 20 a 22).

³⁶¹ Incluso, como en el caso de las comunidades indígenas del Norte del país, la institucionalidad actual acerca de la manera de asociarse de las *etnias* indígenas, vino en detrimento del ancestral ayllu.

³⁶² Ídem.

³⁶³ AYLWIN, José. *Implementación de Legislación y Jurisprudencia Nacional Relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas: La Experiencia Chilena...* Op.cit. Pág. 5

Los derechos reconocidos en la ley en esta materia son muy limitados, y la protección sobre las tierras indígenas resulta débil. El Congreso Nacional debilitó la protección de las tierras indígenas en comparación a lo establecido en el Proyecto, al aumentar el plazo de duración de los contratos para su arrendamiento de dos a cinco años (art. 13 inc. 4); autorizó en el mismo artículo la permuta de tierras indígenas por tierras no indígenas, y eliminó la obligación de la CONADI de escuchar a la comunidad antes de autorizar la enajenación de tierras de personas naturales indígenas. Más aún, por medio de la aplicación e interpretación subsidiaria del Código Civil, es factible vulnerar lo dispuesto en el estatuto especial y privilegiado de la propiedad indígena enmarcado en la legislación indígena actual. De partida, los contratos celebrados sobre tierras indígenas que adolezcan de nulidad absoluta, por aplicación del artículo 1683 del Código Civil, pueden sanearse por el transcurso de 10 años. En éste sentido, es menester una reforma legal que declare imprescriptible la acción para solicitar la nulidad de los actos o contratos prohibidos que recayeren sobre tierras indígenas. A esto se suman otros “resquicios” que la jurisprudencia ha hecho evidente, como por ejemplo, la validez de los contratos de arrendamiento suscritos por una extensa cantidad de años y de los contratos de promesa de compraventa suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Indígena; los Conservadores de Bienes Raíces no pueden examinar el fondo de los títulos; igualmente los jueces no pueden examinar el fondo de los títulos para declarar nulidad absoluta de oficio; y en cuanto a la cesión del derecho real de herencia, la Ley Indígena dispone que la sucesión de las tierras de propiedad individual se regirá por la legislación común, respetando las limitaciones establecidas en el artículo 13, vale decir, un heredero o adjudicatario que no pertenezca a la misma etnia del causante no se podría adjudicar “tierras indígenas”. Sin embargo, el derecho real de herencia se puede transferir. Este consiste en una universalidad jurídica, distinta de cada uno de los bienes que la componen. Y se ha resuelto, por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, que su transferencia se rige por las reglas de los bienes muebles, aún cuando contenga bienes inmuebles. Con ello surge la duda de si es posible aplicar a la transferencia del derecho real de herencia las prohibiciones del artículo 13.

Por lo demás, no se considera el concepto de territorialidad indígena incorporado en el Convenio 169 de la OIT³⁶⁴, entendiendo por *territorio indígena* una suerte de propiedad colectiva sui generis que contiene formas de tenencias que transitan entre lo colectivo, lo individual y lo supracolectivo (religioso, político); que recae sobre la integridad del espacio y los recursos que en éste se encuentran e implica derechos de antiguas y futuras generaciones. En tal sentido, el territorio se vincula con el pueblo y no con un individuo determinado³⁶⁵.

Asimismo, tampoco se reconocen mayores derechos sobre los recursos naturales más que el agua con especial énfasis a los pueblos indígenas nortinos, lo cual ha tenido graves implicancias en los últimos años para las comunidades indígenas³⁶⁶.

3.3. Derechos Culturales.

En consonancia con las demandas indígenas del reconocimiento de su identidad cultural, y con el objeto de revertir las políticas asimilacionistas desarrolladas por el Estado a lo largo de la historia³⁶⁷, la legislación vigente reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus manifestaciones culturales, aunque limitadas a la moral y buenas costumbres y orden público de la sociedad chilena, lo que denota el reconocimiento de las culturas indígenas como culturas subordinadas; y establece el deber del Estado de promover las culturas indígenas por formar parte del Patrimonio de la nación chilena (art. 7). También promueve el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas a través de, entre otros mecanismos, el impulso de las lenguas indígenas en áreas de alta densidad de población indígena; la inclusión de tales culturas e idiomas en el sistema educativo nacional; su difusión a través de los medios de comunicación; y las expresiones artísticas y culturales indígenas, así como la protección de su patrimonio

³⁶⁴ Artículo 13 Convenio 169 OIT.

³⁶⁵ MEZA-LOPEHANDÍA Glaesser, Matías. *Reconocimiento Constitucional y derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas. Documento de Trabajo N° 9.* [En línea] Observatorio Ciudadano. 2010. [fecha de consulta: 5 de octubre de 2013]. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/reconocimiento_constitucional_final.pdf>.

³⁶⁶ AYLWIN, José. *Implementación de Legislación y Jurisprudencia Nacional Relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas: La Experiencia Chilena...* Op.cit. Pág. 6.

³⁶⁷ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 13.

material e histórico (art. 28)³⁶⁸. Sin embargo, muchos de estos mecanismos señalados para el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas, son de carácter programático, y no exigibles por los indígenas en caso de incumplimiento por parte del Estado³⁶⁹.

La ley además contempla el desarrollo de un sistema de educación intercultural bilingüe en áreas de alta densidad indígena (art. 32), y considera la destinación de recursos para el desarrollo de un programa de becas indígenas (art. 33). Finalmente, sanciona como falta la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura (art. 8)³⁷⁰.

3.4. Derecho al desarrollo

La ley establece el deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones, en la promoción del desarrollo de los indígenas, sus familias y comunidades (art. 1 inc. 3). Crea un Fondo de Desarrollo Indígena cuyo objeto es financiar programas especiales dirigidos al desarrollo de las personas y comunidades indígenas a través de planes de crédito, sistemas de capitalización y subsidio. El fondo será financiado a través de recursos de la ley anual de presupuesto y la cooperación internacional, y será administrado por la CONADI (art. 23). Finalmente, se establecen las denominadas Áreas de Desarrollo Indígena (ADI), concibiéndolas como espacios territoriales para la focalización de la administración del Estado en beneficio del desarrollo indígena. Dichas ADI deben ser declaradas por MIDEPLAN a propuesta de la CONADI (arts. 26 y 27)³⁷¹.

Sin embargo, tales disposiciones resultan muy generales y vagas. No se especifica en ellas la orientación que se dará al Fondo de Desarrollo (FDI). Tampoco vincula en forma

³⁶⁸ AYLWIN, José. *Implementación de Legislación y Jurisprudencia Nacional Relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas: La Experiencia Chilena...* Op.cit. Pág. 6.

³⁶⁹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 17.

³⁷⁰ AYLWIN, José. *Implementación de Legislación y Jurisprudencia Nacional Relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas: La Experiencia Chilena...* Op.cit. Pág. 6

³⁷¹ *Ibíd.* Pág. 7.

directa este fondo con el de Tierras y Aguas Indígenas creado por ley³⁷². No se consagra la participación indígena en las ADI, y de hecho, la figura de las ADI establecida en el texto definitivo de la ley, no se condice con la del proyecto del Ejecutivo, que tenían mayor relación con los lineamientos de la territorialidad indígena, al ser pensadas como áreas inseparables con su existencia y desarrollo, y otorgaba a la CONADI la facultad de señalar criterios de planes, programas y proyectos a realizarse en ellas, y expresar su opinión desfavorable a tales proyectos, siendo modificadas finalmente debido a los temores de los sectores más conservadores del Congreso de que pudiesen devenir en una fragmentación del Estado³⁷³.

Por último, nada se señala en relación con el derecho de los indígenas a ser consultados y a participar en la toma de decisiones en planes de desarrollo, ya sean públicos o privados, que puedan ejecutarse en sus tierras o territorios colindantes³⁷⁴.

4. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI

La ley 19.253 crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI, como un servicio público, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Ministerio de Planificación y Cooperación, teniendo su domicilio y cede principal en la ciudad de Temuco (Artículo 38, inc. 1º)³⁷⁵; siendo el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida

³⁷² INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág. 17.

³⁷³ *Ibidem*. Pág. 15.

³⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 17.

³⁷⁵ El inciso 2º del artículo 38 señala que “existirán dos Subdirecciones Nacionales: una en la ciudad de Temuco para la VIII, IX, X y XIV Región, y otra en la ciudad de Iquique para la I, II y XV Región. La Subdirección Nacional de Temuco tendrá a su cargo una Dirección Regional con sede en Cañete para atender a la VIII Región, otra con sede en Valdivia para atender a la XIV Región y otra con sede en Osorno para atender a la X Región. La Subdirección Nacional de Iquique tendrá a su cargo la Dirección Regional de Arica y la Oficina de Asuntos Indígenas de San Pedro de Atacama. Existirán, además, Oficinas de Asuntos Indígenas en Santiago, de Pascua y Punta Arenas.”

nacional (artículo 39, inciso 1º). Dispone la norma (Artículo 39, inciso 2º), que, además le corresponderán las siguientes funciones:

- a) Promover el reconocimiento y respeto de las etnias indígenas, de sus comunidades y de las personas que las integran, y su participación en la vida nacional;
- b) Promover las culturas e idiomas indígenas y sistemas de educación intercultural bilingüe en coordinación con el Ministerio de Educación;
- c) Incentivar la participación y el desarrollo integral de la mujer indígena, en coordinación con el Servicio Nacional de la Mujer;
- d) Asumir, cuando así se le solicite, la defensa jurídica de los indígenas y sus comunidades en conflictos sobre tierras y aguas y, ejercer las funciones de conciliación y arbitraje de acuerdo a lo establecido en esta ley;
- e) Velar por la protección de las tierras indígenas a través de los mecanismos que establece esta ley y posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas a través del Fondo respectivo;
- f) Promover la adecuada explotación de las tierras indígenas, velar por su equilibrio ecológico, por el desarrollo económico y social de sus habitantes a través del Fondo de Desarrollo Indígena y, en casos especiales, solicitar la declaración de Áreas de Desarrollo Indígena de acuerdo a esta ley;
- g) Mantener un Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas y un Registro Público de Tierras Indígenas sin perjuicio de la legislación general de Registro de la Propiedad Raíz;
- h) Actuar como árbitro frente a controversias que se susciten entre los miembros de alguna asociación indígena, relativas a la operación de la misma, pudiendo establecer amonestaciones, multas a la asociación e incluso llegar a su disolución. En tal caso, actuará como partidario sin instancia de apelación;
- i) Velar por la preservación y la difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias y promover estudios e investigaciones al respecto;

- j) Sugerir al Presidente de la República los proyectos de reformas legales y administrativas necesarios para proteger los derechos de los indígenas, y
- k) Desarrollar todas las demás funciones establecidas en esta ley.

En cuanto a su organización, la dirección superior de la CONADI estará a cargo de un Consejo Nacional, compuesta por:

- a) el Director Nacional de la Corporación, quien será el Jefe Superior del Servicio, nombrado por el Presidente de la República, quien lo presidirá;
- b) Los Subsecretarios o su representante, especialmente nombrados para el efecto, de cada uno de los siguientes Ministerios: Secretaría General de Gobierno, de Planificación y Cooperación, de Agricultura, de Educación y de Bienes Nacionales;
- c) Tres consejeros designados por el Presidente de la República;
- d) Ocho representantes indígenas: cuatro mapuches, un aimara, un atacameño, un rapa nui y uno con domicilio en un área urbana del territorio nacional, los que serán designados, a propuesta de las Comunidades y Asociaciones Indígenas, por el Presidente de la República. Habrá un Fiscal, quien actuará como secretario y Ministro de Fe (artículo 41).

5. La Ley 19.253 y el estándar internacional sobre derechos indígenas

A casi 20 años de la entrada en vigencia de la principal norma que regula los derechos de los pueblos indígenas en nuestro país, ésta se mantiene casi indemne al paso del tiempo, habiendo sido objeto de muy pocas reformas³⁷⁶, no obstante los importantes avances que sobre los derechos indígenas se han efectuado en el contexto internacional, así como en el derecho comparado.

³⁷⁶ Cronológicamente, en primer lugar la Ley 19.587 del 13 de Noviembre de 1998, que modifica la Ley 19.253, en sus artículos 66, 67 y 69, respecto de la constitución del dominio en Isla de Pascua para los miembros de la comunidad rapa nui; luego la Ley 20.117 del 8 de Septiembre de 2006 que reconoce la existencia y atributos de la etnia Diaguita y la calidad de Indígena Diaguita, modificándose el artículo 1° de la Ley Indígena; y, por último, el DFL 2 del Ministerio de Hacienda de 9 de Mayo de 2008, que Modifica la Ley 19.253, en sus artículos 38 y 48, para dotar del personal necesario a la CONADI en las regiones XIV y XV.

Las limitaciones de esta legislación quedan en evidencia al analizar los contenidos del derecho internacional relativo a los pueblos indígenas y a quienes los integran, no obstante ser ésta materia en el derecho internacional relativamente nueva en el tiempo – principalmente desde los años 80-, y que ha alcanzado un importante desarrollo en las últimas décadas tanto en el sistema de la Organización de Naciones Unidas, cuyo principal texto es su Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, como en el ámbito de la Organización de Estados Americanos³⁷⁷, que ya aprobó un proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, reconociendo, de esta manera, aunque aún en forma separada y sin mayor coordinación entre ambos organismos, a estos pueblos importantes derechos políticos, territoriales y culturales de carácter colectivo³⁷⁸. Con todo, el principal hito internacional respecto de los derechos de los Pueblos Indígenas es el Convenio N° 169 de la OIT, el que ha contribuido a los procesos de reconocimiento legal y constitucional de los derechos de estos pueblos verificados en la mayoría de los países de la región; que también ha servido de base para el logro de acuerdos entre pueblos indígenas y estados, y sus disposiciones han fundamentado decisiones de los tribunales de justicia en diversos países.³⁷⁹ Por pasar a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, analizaremos a continuación los principales aspectos del Convenio N° 169.

³⁷⁷ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...* Ob.cit. Pág.18.

³⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 21.

³⁷⁹ *Ídem*.

CAPITULO CUARTO
ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL CONVENIO N° 169 DE LA
ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN NUESTRO
ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Introducción

Tras 17 años de tramitación, el 15 de Septiembre de 2008 Chile ratificó³⁸⁰ el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, que ingresara al Congreso Nacional con fecha 8 de Enero de 1991, bajo el mandato del presidente Patricio Aylwin Azócar. De acuerdo a las propias disposiciones del Convenio, en su artículo 38 N° 3, una vez que se ratifica el Convenio, el país que así lo hace cuenta con doce meses para alinear la legislación, políticas y programas antes de que el mismo se haga vinculante jurídicamente³⁸¹, por lo que se entiende vigente en nuestro ordenamiento jurídico desde el 15 de Septiembre de 2009, incorporando las prescripciones de ese tratado internacional al ordenamiento jurídico nacional^{382 383}.

El Convenio, representa el único instrumento internacional, jurídicamente vinculante que trata específicamente sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales³⁸⁴. A partir de la ratificación y entrada en vigor del Convenio, Chile, así como

³⁸⁰ En virtud del Decreto Supremo N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 2 de Octubre de 2008, se promulga en nuestro país el Convenio N° 169, y publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre del mismo año; pero el registro de ratificación en la OIT es de fecha 15 de Septiembre de 2008.

³⁸¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 169.[En línea]. Organización Internacional Del Trabajo. [fecha de consulta 20 octubre 2013] disponible en: <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>>

³⁸² FUENZALIDA, Sergio. *Interpretación y Aplicación del Convenio 169 de la OIT como tratado de derechos humanos*. En línea] Observatorio Ciudadano. 2009. [fecha de consulta: 23 de octubre de 2013]. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_en_derecho_convenio_169_s_fuenzalida_2009.pdf>. Pág. 2.

³⁸³ Para mayor comprensión, el texto completo del Artículo 38 del Convenio es el siguiente: “1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General. 2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General. 3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.”

³⁸⁴ Ídem.

todos los países que lo ratificaron, está sujeto a un mecanismo de supervisión regular relativo a su aplicación. Este mecanismo establece que los Estados deben informar regularmente a la OIT sobre la implementación de los Convenios ratificados y sobre las acciones que garanticen que el Convenio sea aplicado³⁸⁵.

Su génesis en el contexto internacional, es curiosa, considerando que la OIT es un organismo internacional creado en resguardo de los derechos laborales. Por ello, su antecedente más remoto, surge de la preocupación de la Organización respecto de la situación de los trabajadores de origen indígena³⁸⁶. Hacia 1945 la OIT designa a un Comité de Expertos para elaborar un convenio integral específicamente referido a los indígenas, como grupo humano. De allí surge el Convenio N° 107 de la OIT de 1957 sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas, primer antecedente directo del Convenio N° 169. Este convenio se refiere a “poblaciones” y no a “pueblos” como su sucesor. De sus considerandos se desprende su lineamiento integracionista, dado el contexto de la época en que se consideraba que los pueblos indígenas eran una realidad en desaparición, estableciendo como objetivo: “garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo.”³⁸⁷

En la década de los ochenta se hizo evidente que el Convenio N°107 ya no daba cuenta de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y de las demandas de los pueblos indígenas. Debido a ello, en 1985 la OIT convocó a reunión de expertos para la revisión del Convenio N° 107, acordando la Conferencia en 1986, la Revisión parcial de éste. Entre 1986 y 1988 se desarrolla proceso de discusión que involucró a las partes de la OIT y que contó con la participación activa pueblos indígenas³⁸⁸, y que daría como resultado el texto del Convenio N° 169. En 1989 fue aprobado el Convenio N° 169 por consenso en la Comisión de Redacción de la OIT y adoptado por el pleno de la Conferencia General de la OIT por una gran mayoría de los

³⁸⁵ Ídem.

³⁸⁶ Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (1989) [En línea]. Observatorio Ciudadano. 2009. [fecha de consulta: 16 de Octubre de 2013]. Disponible en: < http://www.observatorio.cl/sites/default/files/images/_PDF.tapachica.png>. Pág. 2.

³⁸⁷ Ídem.

³⁸⁸ Ibídem. Pág. 3.

delegados, entrando en vigencia en 1991 luego de la ratificación de dos Estados³⁸⁹, tal como lo requería el texto del mismo, siendo estos dos primeros Noruega y México³⁹⁰.

La nueva orientación de la OIT en relación a los Pueblos Indígenas, se ve reflejada en su Preámbulo, cuyos considerandos contienen sus lineamientos centrales para la interpretación del mismo, especialmente: “Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación; Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión(...)”³⁹¹

De ésta manera, el Convenio N°169 de la OIT se torna en el principal instrumento internacional en establecer el nuevo paradigma de derechos que a los pueblos indígenas corresponden, respecto del cual se han alineado otros instrumentos Internacionales, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas; sus disposiciones ya han sido interpretadas y aplicadas en diversos fallos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, por supuesto, la mayoría de las legislaciones internas de los Estados ratificantes del Convenio.

³⁸⁹ Artículo 38 N° 2.

³⁹⁰ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Editor. *Las Implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*. Documento de Trabajo N° 10 (segunda edición). Junio de 2010. Pág. 10.

³⁹¹ Ídem.

2. Principales aspectos del Convenio N° 169 de la OIT

En cuanto a los titulares de sus contenidos, éstos se aplican a los Pueblos Indígenas y Tribales. A éste respecto, la verdad es que el Convenio no define los pueblos indígenas y tribales, sino que adopta un enfoque práctico proporcionando solamente criterios para describir los pueblos que pretende proteger.³⁹²

El Convenio se refiere a los pueblos indígenas en su artículo 1 número 1 letra b), considerándose tales “por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”³⁹³

Asimismo, establece, como ya hemos señalado anteriormente, en su artículo 1 número 2 como criterio fundamental para la identificación de los pueblos indígenas y tribales la autoidentificación, esto es, la “conciencia de su identidad indígena o tribal.”³⁹⁴

Sin embargo, es menester señalar que este Convenio acotó el alcance del término *pueblos*, señalando al respecto en su artículo 1 número 3, que “no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. Esta redacción fue adoptada luego de que diversos Estados impugnaran la aplicación a los pueblos indígenas del derecho a la libre determinación reconocido en términos genéricos a los pueblos en otros tratados internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas, por temor a que ello implicase el reconocimiento de un derecho de secesión, o la formación de otro Estado dentro de un mismo Estado. La redacción finalmente adoptada en la materia dejó abierta la cuestión, pues la propia OIT declaró que excedía su ámbito de competencia pronunciarse respecto a la libre determinación de los pueblos indígenas. Actualmente, el derecho internacional reconoce explícitamente, tanto por la jurisprudencia de sus principales organismos como

³⁹² Convenio N° 169.[En línea]. Organización Internacional Del Trabajo. [fecha de consulta 20 octubre 2013] disponible en: <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>>

³⁹³ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Editor. *Las Implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile...* Op.cit. Pág. 10.

³⁹⁴ *Ibíd.* Pág 11.

por la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, que los pueblos indígenas tienen los mismos derechos que cualquier pueblo, incluyendo la autodeterminación concretada en autonomía³⁹⁵.

Ahora bien, además del referido criterio de autoidentificación, los elementos de los pueblos indígenas incluyen: estilos tradicionales de vida; cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional, como por ejemplo la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.; organización social e instituciones políticas propias; y vivir en continuidad histórica en un área determinada, o antes de que otros la invadieran o llegaran a ésta³⁹⁶.

Por su parte, los elementos de los pueblos tribales incluyen: estilos tradicionales de vida; cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional, como por ejemplo la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.; y organización social y costumbres y leyes tradicionales propias³⁹⁷.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos reconocidos por el Convenio N° 169 a los Pueblos Indígenas y Tribales, éstos consisten en derechos de carácter colectivo, sustentados en la idea de que éstos corresponden a los pueblos indígenas en su calidad de sujetos colectivos de derechos; y, asimismo, se funda en que el pleno goce de los derechos humanos de quienes integran estos pueblos se encuentra supeditado al ejercicio de los derechos colectivos que le asisten como miembros de dicha colectividad³⁹⁸.

3. Principales derechos contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT

Es importante señalar el “catálogo” de derechos que contempla este instrumento. Los principales derechos desarrollados por el Convenio N° 169, se agrupan básicamente en tres categorías: derechos políticos, derechos al territorio, y derechos económicos, sociales y culturales.

³⁹⁵ Ídem.

³⁹⁶ Convenio N° 169.[En línea]. Organización Internacional Del Trabajo. [fecha de consulta 20 octubre 2013] disponible en: <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>>.

³⁹⁷ Ídem.

³⁹⁸ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Editor. *Las Implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile...* Op.cit. Pág. 30.

3.1. Derechos Políticos

3.1.1. La consulta

La consulta es uno de los principios fundamentales del Convenio; más aún, el espíritu de la consulta y la participación constituye la piedra angular del Convenio N° 169, sobre la cual se basan todas sus disposiciones³⁹⁹, y su recepción en el Convenio se encuentra establecida en los artículos 6 y 7. Dice relación con que los pueblos indígenas serán consultados siempre que se estudie, planifique o aplique cualquier medida susceptible de afectarlos directamente, y debiendo, además, realizarse a través de sus instituciones representativas, estos es, a través de instituciones tradicionales o funcionales que representen las estructuras socio-políticas de los pueblos indígenas⁴⁰⁰. Al efecto el Convenio señala en su artículo 6 número 1 letra a): “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

Por su parte, el número 2 del Artículo 6 enuncia ciertos requisitos respecto a la realización de la consulta, disponiendo que: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.” De acuerdo con la interpretación dada por la OIT, se entiende que una consulta es realizada de buena fe cuando se hace: “respetando los intereses, valores y necesidades de la otra parte. El proceso de consulta debe ser específico a cada circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo o comunidad. De tal manera que, por ejemplo, una reunión con ancianos de una aldea mantenida sin interpretación en una

³⁹⁹ Convenio N° 169.[En línea]. Organización Internacional Del Trabajo. [fecha de consulta 20 octubre 2013] disponible en: <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>>.

⁴⁰⁰ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes...* Op.cit. Pág. 9.

lengua que no les sea familiar, como puede resultar el idioma oficial del país respectivo, no puede considerarse como una verdadera consulta”⁴⁰¹.

El artículo 7° es otra disposición fundamental del Convenio, en la que se establecen las bases jurídicas del derecho al autogobierno, el que se manifiesta en el derecho que tienen los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que respecta al proceso de desarrollo y de controlar, en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. En esta misma línea se establece el derecho de los pueblos interesados a participar en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo susceptibles de afectarles directamente.⁴⁰²

3.1.2. Derecho a participar en la toma de decisiones

De acuerdo con el artículo 6 número 1 letras b) y c) del Convenio, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la toma de decisiones que les conciernan. Al respecto, el Convenio dispone: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (...) “b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.”

Para la OIT, de dicha norma es posible identificar ciertos elementos relativos de la participación⁴⁰³, que son:

a) Los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de participar en todas y cada una de las etapas en un proyecto, política o programa;

⁴⁰¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, un manual*. 2007. pág. 16.

⁴⁰² MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Editor. *Las Implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile...* Op.cit. Pág. 33.

⁴⁰³ *Ibíd*em, pág. 19.

- b) También se permitirá dicha participación durante la concepción o diseño de políticas, programas o proyectos hasta su aplicación y evaluación;
- c) Dichos pueblos participarán en la adopción de decisiones, a todos los niveles (local, nacional o regional), sea de instituciones políticas electivas, sea de administraciones nacionales y locales.
- d) La participación se efectuará a través de las propias instituciones tradicionales u organismos representativos de los pueblos interesados, y no mediante estructuras impuestas desde fuera de la comunidad, salvo que ésta las acepte.

3.1.3. Derechos de autonomía y autogestión

Un objetivo importante del Convenio N°169 es el de fijar las condiciones necesarias para su autogobierno y, a tal efecto, ofrecer medios para que los pueblos indígenas y tribales puedan mantener o asumir la gestión de sus vidas y destinos propios, y lograr que se reconozca más ampliamente el carácter particular de sus culturas, tradiciones y costumbres, así como un mayor control de su propio desarrollo económico, social y cultural.

Siguiendo esa línea, el Convenio N°169 reconoce a los pueblos indígenas el derecho a decidir prioridades y a controlar su desarrollo económico, social y cultural. Es así como el artículo 7 número 1 establece que: “1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

La idea de propender hacia un autogobierno de los pueblos indígenas, también se ve reflejada en el preámbulo del Convenio 169, que manifiesta que éste se crea: “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.”

De dichas norma es posible desprender que el Convenio reconoce a los pueblos indígenas un cierto grado de autonomía y autogestión, en cuanto les permite decidir sus propias formas de desarrollo, lo que se traduce en que les entrega un espacio para que determinen cual es el camino a que desean seguir, utilizando los recursos natural que se encuentran en su territorio y organizándose a través de la forma que ellos estimen pertinente de acuerdo a su forma de ver el mundo, sin que ello necesariamente sea similar al modelo propuesto por el Estado en el cual habitan.

3.1.4. Reconocimiento del derecho consuetudinario

El Convenio N° 169 reconoce la existencia del derecho propio de los pueblos indígenas, basado principalmente en la costumbre, es decir, consuetudinario, y como tal reconoce diversos espacios para su implementación en los ordenamientos jurídicos de los estados ratificantes⁴⁰⁴:

- a) Derecho a que los Estados consideren el derecho propio en la legislación. Dispone el artículo 8 número 1 que: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.
- b) Derecho a conservar costumbres e instituciones propias. Establece el artículo 8 número 2 que: “2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.
- c) Derecho a utilizar métodos tradicionales de resolución de conflictos y represión de delitos. Artículo 9 número 1: “1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

⁴⁰⁴ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes...* Op.cit. Pág. 11.

d) Consideración en materia penal del derecho indígena por los tribunales de justicia. Artículo 9 número 2: “2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

e) Derecho a que se consideren otras sanciones alternativas al encarcelamiento. Artículo 10: “2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

3.2. Derecho de tierras y territoriales, recursos naturales y medio ambiente.

3.2.1. Derecho al territorio

Dada la importancia que para muchos pueblos indígenas significa la tierra, por ser en ella donde viven y han vivido por generaciones, y, por lo mismo, se encuentra envuelta por un carácter sagrado y un profundo significado espiritual, es que el Convenio su artículo 13 número 1 reconoce que: “1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”⁴⁰⁵

3.2.2. Tierras y territorio

El concepto de tierra se diferencia del de territorio. Por tierra se entienden determinadas porciones de suelo fundadas en la idea liberal clásica de propiedad privada e individual, y que no responden a la concepción indígena, propia de su derecho consuetudinario, ni a su ancestral relación con el hábitat natural. El concepto legal de *tierra indígena* no comprende el subsuelo, ni el agua, ni los demás recursos que en ella se encuentran, permitiendo la fragmentación del hábitat, su regulación bajo estatutos

⁴⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 12.

diferenciados (derecho de aguas, derecho minero, derecho del medio ambiente) y la asignación de la titularidad de su dominio en forma separada e individual⁴⁰⁶.

En razón de lo anterior, con el objeto de permitir el ejercicio de los derechos colectivos indígenas, el concepto de tierra se ha extendido al territorio que utilizan⁴⁰⁷, incluidos sus recursos naturales como bosques, ríos, montañas y mares, y tanto su superficie como el subsuelo. La tierra tiene importancia fundamental para la cultura y la vida de muchos de estos pueblos, por ser la base de su subsistencia económica, de su bienestar espiritual y de su identidad cultural. En consecuencia, la pérdida de tierras ancestrales amenaza su supervivencia como comunidad y como pueblo. En tales términos el número 2 del Artículo 13 aclara que: “La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.⁴⁰⁸

3.2.3. Derecho a la propiedad y posesión sobre las tierras tradicionalmente ocupada.

El Convenio establece que los pueblos indígenas tienen derechos sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, y en ese sentido su Artículo 14 establece que: “1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico

⁴⁰⁶ MEZA-LOPEHANDÍA Glaesser, Matías. Reconocimiento Constitucional y derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas... Op.cit. Pág. 9.

⁴⁰⁷ Íbidem. Pág. 10.

⁴⁰⁸ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes...* Op.cit. Pág. 12.

nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.”⁴⁰⁹

3.2.4. Derecho sobre los recursos naturales

El Convenio reconoce a los pueblos indígenas derechos sobre los recursos naturales que formen parte de su territorio. Al efecto se reconocen derechos sobre el agua, los bosques, el subsuelo, y en general todos los recursos renovables y no renovables que se encuentran en el territorio en su artículo 15 número 1: “1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.”⁴¹⁰

3.2.5. Derecho a recursos del subsuelo

En Chile y en muchos otros países, por disposición constitucional, el Estado es el único propietario de los minerales y otros recursos, y a lo sumo se conceden a las personas particulares, derechos o concesiones que les permitan explotar dichos recursos. Al respecto, el Convenio especifica que los pueblos indígenas tienen derecho a que se les consulte antes de comenzar la prospección o la explotación de minerales u otros recursos que se encuentren en sus tierras, así como el derecho a ser indemnizados por cualquier daño que sufran, además del derecho de participar en los beneficios que dichas actividades le reporten a quién las realice. El número 2 del artículo 15 del Convenio prescribe: “2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.” Más aún, “los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades,

⁴⁰⁹ Ídem.

⁴¹⁰ Ídem.

y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”⁴¹¹

3.2.6. Derecho a no ser trasladados sino con su consentimiento, derecho a poder regresar y a ser indemnizados

El principio rector, es que los pueblos indígenas y tribales no deberán ser trasladados de sus tierras. Si llegase a producirse, deberá tener lugar como medida excepcional y en circunstancias que se consideren inevitables⁴¹². Al respecto, se exige por la Convención que se pida a los pueblos interesados su consentimiento, expresado libremente y luego de haber recibido una información clara y completa sobre todos los hechos y cifras pertinentes⁴¹³.

El artículo 16 del Convenio establece que: “1. Los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en

⁴¹¹ *Ibidem*. Pág. 13.

⁴¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, un manual... *Op.cit.* Pág. 44. Citado en MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Editor. *Las Implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile...* *Op.cit.* Pág. 38.

⁴¹³ *Ídem*.

especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento”.⁴¹⁴

3.2.7. Derecho a las modalidades tradicionales de transmisión

El artículo 17 del Convenio señala: “1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”.⁴¹⁵

Es menester advertir que en este aspecto, el término *transmisión* utilizado por el Convenio no es del todo correcto, toda vez que tal expresión se entiende comúnmente como traspaso por causa de muerte, y en circunstancias que lo que el texto del instrumento en comento se refiere a su traspaso o más propiamente *transferencia* por acto entre vivos.

3.3. Derechos económicos, sociales y culturales

3.3.1. Derechos culturales

Las culturas e identidades indígenas y tribales forman una parte íntegra de sus vidas⁴¹⁶, las que no siempre coincide con las de la sociedad nacional en las cuales están inmersas. Dicha condición ha sido recogida por el Convenio en su Artículo 2: “1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos

⁴¹⁴ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes...* Op.cit. Pág. 13.

⁴¹⁵ Ídem.

⁴¹⁶ Convenio N° 169.[En línea]. Organización Internacional Del Trabajo. [fecha de consulta 20 octubre 2013] disponible en: <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>>.

de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: (...)b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.” Por su parte el artículo 4 número 1 señala: “1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”.⁴¹⁷

3.3.2. Contratación, condiciones de empleo, formación profesional, artesanía e industrias rurales

Señala el artículo 20 en su número 1: “1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general”.⁴¹⁸

El principio que inspira esta normativa es el de no discriminación⁴¹⁹. El número 2 del artículo 20 señala: “2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a: a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso; b) remuneración igual por trabajo de igual valor; c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda; d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.” A más abundamiento, el artículo citado señala en su número 3: “3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar

⁴¹⁷ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes...* Op.cit. Pág.14.

⁴¹⁸ Ídem.

⁴¹⁹ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Editor. *Las Implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile...* Op.cit. Pág. 45.

que: a) los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen; b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas; c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas; d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.”

En esta misma perspectiva el Convenio introduce normas para garantizar la formación profesional con pertinencia cultural⁴²⁰. Dispone el artículo 21: “Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.” En su artículo 22 dispone la participación como mecanismo a través del cual se garantiza que los programas de formación profesional respondan a las necesidades especiales de los pueblos indígenas.⁴²¹

El Convenio N° 169 reconoce en su artículo 23 la existencia de actividades económicas tradicionales, como la artesanía, las industrias rurales y comunitarias, entre otras, a través de las cuales los pueblos indígenas resuelven su subsistencia y que constituyen las bases económicas de su cultura y desarrollo económico, imponiendo a los Estado la obligación de velar porque se fomenten y fortalezcan dichas actividades y se les provea de asistencia técnica acorde a las técnicas tradicionales y a la necesidad de garantizar un desarrollo sostenido y equitativo⁴²².

⁴²⁰ Ídem.

⁴²¹ Ídem.

⁴²² Ibídem. Pág. 46.

3.3.3. Seguridad social y salud

Dispone el Convenio en su artículo 24 que “los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna”.

Por su parte el artículo 25 señala: “1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental. 2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar. 3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.”⁴²³

El objetivo de estas disposiciones es transferir la plena responsabilidad y el control de estos servicios a los pueblos o comunidades pertinentes, cuando estén en condiciones de poder hacerlo y consientan en ello⁴²⁴.

3.3.4. Derecho a la Educación, empleo de la lengua vernácula, y medios de comunicación

El artículo 26 impone una obligación a los estados ratificantes, en cuanto: “Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional”. Ahonda a éste respecto el artículo 27 al disponer que: “1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán

⁴²³ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes...* Op.cit. Pág.14.

⁴²⁴ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Editor. *Las Implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile...* Op.cit. Pág. 48.

desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. 2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar. 3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin”.⁴²⁵

En cuanto al empleo de la lengua vernácula, se establece en el artículo 28 que siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo. Y en todo caso, deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país en el caso que hubiera más de una con ese estatus. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas de los pueblos indígenas y promover el desarrollo y la práctica de las mismas⁴²⁶.

A éste respecto resulta muy importante, lo establecido en el artículo 31, en cuanto deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás

⁴²⁵ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes...* Op.cit. Págs.14 y 15.

⁴²⁶ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Editor. *Las Implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile...* Op.cit. Pág. 49.

material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos indígenas o tribales.⁴²⁷

Por último, los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos indígenas, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos que emanan del presente Convenio. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos (artículo 30. 1)⁴²⁸.

3.3.5. Relaciones entre pueblos indígenas a través de las fronteras

Por último, respecto de las relaciones de los diversos pueblos indígenas en un marco internacional, dispone el artículo 32 que: “Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y del medio ambiente.”⁴²⁹

4. Aplicación del Convenio N° 169 en el Derecho Chileno

En cuanto a la aplicación del Convenio N° 169 en el derecho interno chileno, desde tres aspectos debe considerarse: en cuanto a su rango jerárquico en el ordenamiento jurídico, si sus disposiciones son autoejecutables o no, y por último, su obligatoriedad y mecanismos de ejecución.

4.1. Rango Jerárquico

Los Estados, a través de los años, han reconocido la dignidad de la persona humana como el centro de su actuar, y han limitado sus potestades con la obligación de respetar los derechos fundamentales de las personas. Por ello, en cuanto los tratados internacionales de

⁴²⁷ Ídem.

⁴²⁸ Ibídem. Pág. 50.

⁴²⁹ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes...* Op.cit. Pág. 15.

derechos humanos se constituyen en beneficio de la protección de la dignidad humana y no en favor de los Estados que los suscriben, su adopción constituye una auto-limitación de la soberanía estatal, de tal manera que no es posible aplicarles las reglas tradicionales del derecho de tratados, particularmente aquella que permite justificar su violación en el incumplimiento de la contraparte. Por ello, las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales, la interpretación y aplicación que de éstos hagan los órganos internacionales y las garantías constitucionales establecen una suerte de punto de contacto entre el derecho internacional y el derecho interno.⁴³⁰

Siguiendo éste planteamiento, se considera que el Convenio N° 169, por ser un tratado de derechos humanos, específicamente de los pueblos indígenas, tiene rango constitucional, formando parte de los derechos fundamentales que el Estado debe garantizar y respetar, conforme a lo dispuesto en el Art. 5 inc. 2° de nuestra Constitución Política.^{431 432} De ésta manera, nuestra Constitución otorga explícitamente un estatus especial a ciertas normas de derecho internacional, específicamente a aquellas relativas a lo que el constituyente llama “derechos esenciales emanados de la naturaleza humana” o derechos fundamentales, contenidas en un tipo específico de fuentes del derecho internacional: los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. De esta manera, las normas de derechos fundamentales contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes se incorporan a nuestro sistema normativo como limitación al ejercicio de la soberanía⁴³³, teniendo igual jerarquía que los derechos consagrados en el Art. 19 de la Constitución⁴³⁴.

Importante consecuencia de lo anterior, es que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana contenidos en el Convenio, pasan a formar parte de lo que se llama el

⁴³⁰ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Editor. *Las Implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile...* Op.cit. Pág. 109.

⁴³¹ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes...* Op.cit. Pág. 17.

⁴³² Artículo 5° inc. 2° CPR: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

⁴³³ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Editor. *Las Implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile...* Op.cit. Pág. 112.

⁴³⁴ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes...* Op.cit. Pág. 17.

“bloque de constitucionalidad”, esto es, aquel conjunto de derechos fundamentales que sirven de parámetro de control constitucional de las normas internas.⁴³⁵ Por tal razón, no puede un órgano del Estado, y a mayor abundamiento, ningún poder estatal constituido, sea ejecutivo, legislativo o judicial, desconocer los derechos contenidos en el Convenio N° 169⁴³⁶, e incluso, cualquier juez, en la resolución de un conflicto, debe preferir las disposiciones del Convenio N° 169 a otras normas legales.

Para terminar éste punto, es menester enfatizar que son “*los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*” los que tienen rango constitucional, y no los tratados en sí, diferenciando el “envase” (tratado) de su “contenido esencial” (derechos humanos)⁴³⁷.

4.2. Autoejecutabilidad o no de las disposiciones del Convenio N° 169

Lo primero que debe precisarse, es en qué consiste que las disposiciones de tratado sean autoejecutables o no. Pues bien, las normas que contiene un tratado pueden ser autoejecutables (*selfexecuting*) o no-autoejecutables (*non-selfexecuting*), y que en términos simples se refiere a la exigibilidad de las mismas ante los Tribunales de Justicia del país en que entrará en vigencia el tratado⁴³⁸. En consecuencia, Las disposiciones autoejecutables son aquellas que tienen precisión normativa suficiente para ser aplicadas directamente en caso que los tribunales o la administración conozcan de un asunto; por ello sus normas son directamente operativas y no requieren de un desarrollo legislativo previo. En cambio, las disposiciones no autoejecutables son aquellas no suficientemente detalladas y completas, y que requieren como condición de aplicación de la instrucción de medidas legislativas o reglamentarias que las desarrollen.⁴³⁹

Ahora bien, ésta controversia se suscitó tempranamente, durante la tramitación de la ratificación del Convenio en el Congreso. Para la comisión de Derechos Humanos de la

⁴³⁵ Ídem.

⁴³⁶ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Editor. *Las Implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile...* Op.cit.. Pág. 118

⁴³⁷ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes...* Op.cit. Pág. 17.

⁴³⁸ Ibídem. Pág. 18.

⁴³⁹ FUENZALIDA, Sergio. Interpretación y Aplicación del Convenio 169 de la OIT como tratado de derechos humanos... Op.cit. Pág. 13.

Cámara de Diputados, la normas del convenio eran autoejecutables per sé, argumentando que los tratados internacionales obligan a cumplir sus disposiciones a los Estados que los ratifican, por lo que en el ámbito interno de cada país, éstos pasan a formar parte del ordenamiento jurídico de los países en que se haya aprobado⁴⁴⁰. Por su parte, el Ejecutivo sostenía que las normas del Convenio están formuladas en forma programática, es decir, no autoejecutables en su conjunto, y originando a la obligación de adoptar normas legales encaminadas a concretarlas dentro de las bases generales de la Constitución⁴⁴¹. Interpretando de manera *condicional* lo dispuesto en el artículo 34 del Convenio⁴⁴², señaló que para la aplicación de sus disposiciones deben tenerse en cuenta las condiciones del país, ya que cada Estado tiene sus propias regulaciones, constituyendo este principio una condición implícita para el cumplimiento de sus normas, al expresar que los países deberán tomar medidas para dar eficacia a su contenido, lo que significa que a cada Estado le corresponde determinar la naturaleza y alcance de tales actos, considerando para ello las condiciones de cada cual⁴⁴³.

El año 2000, el Tribunal Constitucional zanjó más o menos la cuestión, cuando un grupo de diputados, presentó un requerimiento ante dicho Tribunal, con el objeto de que se declarase la total inconstitucionalidad del Convenio por razones de forma, y en subsidio, varias de sus normas por razones de fondo; oportunidad en la cual el Tribunal, por sentencia en causa Rol N° 309-2000, rechazó el requerimiento, y declaró que el Convenio en cuestión contenía cláusulas tanto autoejecutables como no autoejecutables, y algunos preceptos del Convenio al ser programáticos y no pueden invocarse directamente mientras no exista el desarrollo legislativo necesario^{444 445}. Entre las normas autoejecutables, calificó

⁴⁴⁰ GAETE Uribe, Lucía. *El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa*. **Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca**. 18(2):77-124.2012. Pág. 111.

⁴⁴¹ Ídem.

⁴⁴² Artículo 34: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.”

⁴⁴³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 309-2000, Considerando 49°.

⁴⁴⁴ GAETE Uribe, Lucía. *El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa*. **Revista Ius et Praxis**, año 18 N° 2, Universidad de Talca. 2012. Pág. 95.

⁴⁴⁵ En aquella oportunidad, el Tribunal Constitucional en su considerando N° 48 letra a), igualmente entregó un concepto de normas autoejecutables y no autoejecutables: “Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina “self executing” y “non self executing”. Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas, son

como tales a los artículos 6° y 7° del Convenio, respecto de la consulta y participación, las cuales modifican por sí mismas las normas que las contradigan, entre las cuales señaló la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional. En base a tal razonamiento, se postergó el control de constitucionalidad respecto de las normas no autoejecutables para el momento en que se dictase la respectiva normativa de implementación⁴⁴⁶. Un criterio similar adoptó el año 2008 con ocasión del control de constitucionalidad que debió ejercer una vez aprobado el Convenio por el Congreso, en su sentencia en causa Rol N° 1050-2008.⁴⁴⁷

Con todo, buena parte de la doctrina ha criticado los criterios esbozados por el Tribunal Constitucional en ambas oportunidades. Se ha sostenido que las disposiciones del Convenio N° 169 sí serían directamente ejecutables. En lo que respecta al referido artículo 34 cuando ordena adoptar “medidas” para dar efecto a las normas del Convenio 169, lo que la norma consagra, en realidad, es una obligación concurrente a la de cumplir inmediatamente las disposiciones del instrumento, en función de mejorar su operatividad, pero que en ningún caso tiene la virtualidad de suspender su ejecución. Por lo demás, la suspensión del ejercicio de esos derechos atentaría directamente con lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio que dispone que “los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”, así como lo dispuesto en su artículo 12 que dispone que “los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea

aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.”

⁴⁴⁶ Informe Alternativo 2010 respecto del cumplimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, al cumplirse un año de su entrada en vigencia en Chile. [En línea] Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. 2010. [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2013]. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/10/memoria-alternativa-convenio-169-oit-chile-2010-1.pdf>> Pág. 9.

⁴⁴⁷ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes...* Op.cit. Pág. 18.

personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos(...)"⁴⁴⁸.

Con todo el punto aún no se encuentra definido, y en definitiva corresponde a los tribunales de justicia decidir en cada caso, y en último término unificar un criterio interpretativo al respecto. En lo inmediato, y conforme a lo pronunciado por el Tribunal Constitucional, debe descartarse rotundamente la interpretación que considere al Convenio como simples guías de aplicación que el Estado debe cumplir sólo en lo que le parezca oportuno. Por el contrario, en materias como la participación y la consulta, al menos, debe considerarse que su cumplimiento es exigible al Estado desde su misma entrada en vigencia.⁴⁴⁹

4.3. Obligatoriedad y mecanismos de ejecución del Convenio N° 169

Básicamente, respecto de éste punto, se ha considerado que las disposiciones del Convenio, por formar parte del "bloque de constitucionalidad" ampliando el catálogo de derechos contenidos en el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, pueden ser cautelados en virtud de acciones o recursos tanto ordinarios como constitucionales. En base a lo anterior, al tener rango constitucional, el Convenio N° 169 pasa formar parte del nivel superior de leyes de la República, a las que se deben adecuar todas las demás leyes del ordenamiento jurídico chileno, y a las que deben respetar en su actuar tanto el Estado, en su división de funciones ejecutiva, judicial y legislativa, como los particulares, pudiendo exigirse su cumplimiento tanto a través de acciones ordinarias como constitucionales.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ FUENZALIDA, Sergio. *Interpretación y Aplicación del Convenio 169 de la OIT como tratado de derechos humanos...* Op.cit. Pág. 15.

⁴⁴⁹ OBSERVATORIO CIUDADANO. *Cartilla Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes...* Op.cit. Pág. 20.

⁴⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 22.

CAPITULO QUINTO
EL PROBLEMA DE LA INTEGRACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U
ORIGINARIOS EN VIRTUD DE LA LEY 19.253 Y EL CONVENIO N° 169 OIT

1. Consideraciones previas

Hasta aquí hemos podido apreciar que casi invariablemente durante la historia republicana de nuestro país, la legislación aplicable a los indígenas se basó constantemente en asimilar a la sociedad chilena a los habitantes indígenas que paulatinamente se fueron incorporando al territorio nacional que tomaba cuerpo definitivo; a integrarlos al proyecto nacional pero en desmedro de toda identidad propia; a “chilenizarles” o hacerlos chilenos a condición de abandonar su conciencia de pertenencia a un grupo humano distinto y que era incompatible con los valores e identidad nacional.

Y ésta postura oficial por parte del Estado en su política indígena, se extendió hasta fines de la década de 1980⁴⁵¹; paradigma que con el retorno de la democracia –al menos en el discurso- se tendió a cambiar y revertir en pos de un reconocimiento de este *segmento étnico* de la población del país, como una realidad insoslayable, y reconociéndoles ciertos derechos en virtud de aquella identidad. El manifiesto tangible de aquella nueva directriz fue, por parte del gobierno, la Ley 19.253, norma que ya analizamos en sus aspectos fundamentales. Igualmente, se ratificó el Convenio N° 169 de la OIT, que también analizamos. Ambas normas constituyen los principales cuerpos normativos en materia de derechos indígenas en nuestro ordenamiento jurídico actual. Corresponde ahora ver cómo, en virtud de ambas normas, se propende a la integración o no de los *pueblos* o *etnias* indígenas del país.

2. Integración, Nación y Pueblo

Antes de iniciar el análisis, es menester ver ciertos conceptos previos. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define integración como la “acción y efecto de

⁴⁵¹ La principal norma que constituyó un atisbo de reconocimiento a los derechos de los indígenas, fue a la Ley de 17.729 del 26 de Agosto de 1972.

integrar o integrarse.”⁴⁵² Por su parte integrar, es definido como “completar un todo con las partes que faltaban”; “hacer que alguien o algo pase a formar parte de un todo”; “aunar, fusionar dos o más conceptos, corrientes, etc., divergentes entre sí, en una sola que las sintetice”.⁴⁵³ De la lectura de estos conceptos, puede verse el problema de la integración de los pueblos indígenas a la sociedad: para formar parte de ese todo que es la *nación chilena*, cuánto de su individualidad cultural deben sacrificar –aún más de lo ya históricamente sacrificado- en un contexto que precisamente, y con justeza, reivindica su identidad y su diferencia racial, cultural o social del resto de la sociedad. Quizás la clave está, precisamente, en aceptar esa diferencia, en asumir que la Nación única no es tal, sino compuesta por varias culturas que conviven en este mismo espacio territorial.

Pero, ahora bien, qué es Nación. La RAE la define como el “conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo gobierno”⁴⁵⁴, o como el “conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común.”⁴⁵⁵ Similar a éste último concepto, es la definición clásica que entrega el Derecho Constitucional, como “aquella agrupación humana unida por vínculos materiales, y espirituales, que la hace tener conciencia de poseer caracteres comunes que le permite diferenciarse de otros grupos nacionales, y en que los individuos demuestran tener voluntad de conservar esos lazos de unidad.”⁴⁵⁶ A estos conceptos, no sería aventurado añadir el elemento territorial, definiéndose, por tanto, Nación como el “conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común ligada a un territorio determinado”⁴⁵⁷. Si tomamos éstos conceptos, difícil es visualizar a la nación chilena emanada de un mismo origen y con una tradición común. Quizás el mismo origen puede remontarse a la Conquista, pero aún en ella hubieron dos protagonistas: españoles e indígenas. Si de la fusión mestiza de ambos puede extraerse la idea de nación, aún así el concepto queda corto para explicar la realidad de nuestros habitantes aún más

⁴⁵² <http://www.rae.es>

⁴⁵³ ídem

⁴⁵⁴ ídem

⁴⁵⁵ Ídem

⁴⁵⁶ MOLINA Guaita, Hernán. *12ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis, 2006.* Pág. 18.

⁴⁵⁷ RAVEST Ibarra, Maximiliano. *El reconocimiento de los pueblos indígenas en los textos constitucionales. Breve análisis del Derecho Comparado...* Op.cit. Pág. 94. Señala el mismo autor, que “toda nación, sea que lo tenga o no, reclama para sí un determinado territorio, el que muchas veces entra en pugna con los territorios que han determinado los Estados.”

cercanos al lado indígena –y por qué no decirlo, también más europeo-, y derechamente a la realidad de otros pueblos indígenas, como los pascuenses, por ejemplo, que nada deben a la Conquista. La historia de los pueblos indígenas no es la misma para todas las etnias de nuestro territorio. Por lo demás, difícil es decir que exista una verdadera tradición común, de todos los habitantes, con características comunes que los diferencien de otros grupos nacionales, donde sobreviven aún tantas manifestaciones de diversidad cultural que se resisten a desaparecer y a ser doblegadas, o absorbidas, quizás, por esa identidad colectiva dominante. No pocos pueblos indígenas, además, reclaman su autonomía, su rechazo al Estado chileno, al que sienten no deber nada más que vejaciones, como ocurre con los casos mapuche y rapa nui. De éste modo, ¿es factible sostener la tan históricamente pregonada nación unitaria en Chile, o es más bien una elaboración del Estado para justificarse históricamente?

En cuanto a la voz *pueblo*, la RAE la define como el “conjunto de personas de un lugar, región o país”, o como “país con gobierno independiente”.⁴⁵⁸ En el Derecho Político y Constitucional, en cuanto elemento humano del Estado, se define *pueblo* como “el conjunto de los nacionales de un Estado, es decir las personas unidas por el vínculo de nacionalidad”⁴⁵⁹, o en términos más propios como “un conjunto de personas humanas, racionales y trascendentes, que conviven en el grupo o sociedad mayor, formada por los individuos y sus familias y, al mismo tiempo, por todos los grupos menores y sociedades, naturales y voluntarias, que desarrollan sus actividades en el seno de la colectividad”⁴⁶⁰ En el Derecho Internacional, el término *pueblo* está asociado al concepto de autodeterminación o libre determinación, principio asociado con el derecho a formar un Estado independiente⁴⁶¹. Por tal motivo generó tanta resistencia en los gobiernos, cuando se debatía el texto del Convenio 169 de la OIT, y por tal motivo en Chile a la hora de su ratificación generó también tantos temores. El propio Convenio tuvo que poner freno a éste concepto, señalando que no deberá interpretarse en el sentido que se le asigna en el

⁴⁵⁸ <http://www.rae.es>

⁴⁵⁹ MOLINA Guaita, Hernán. *Instituciones Políticas*. Editorial Lexis Nexis. 12ª Edición. 2006. Pág. 18.

⁴⁶⁰ SILVA Bascuñán, Alejandro. Citado en RAVEST Ibarra, Maximiliano. El reconocimiento de los pueblos indígenas en los textos constitucionales. Breve análisis del Derecho Comparado... Op.cit. Pág. 96.

⁴⁶¹ GAETE Uribe, Lucía. *El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa...* Op. Cit. Pág. 84.

Derecho Internacional. Es, quizás, entendible el temor de ciertos sectores ante el reconocimiento de *pueblos* a los indígenas que habitan nuestro territorio, más ligado al de Nación, por su implicancia de autodeterminación, de construcción de un “Estado dentro de un mismo Estado” que algunos han creído ver encerrado en él, o aún más, de encontrarse frente a una nación que supera las fronteras entre Estados, como el caso de vascos o kurdos. No es un problema fácil de saldar. Pero, del análisis histórico, es fácil advertir que los pueblos indígenas –y circunscribámoslo al ámbito de nuestro país- han sido incorporados a nuestra realidad nacional por las fuerzas de la historia, que ellos no escogieron: ejemplo tangible de ello es el de la Guerra del Pacífico que anexó para Chile los territorios del Norte Grande, y con ellos, a un segmento de las poblaciones indígenas comprendidas en dichos territorios, como los aymaras y lickanantay. Para los pueblos indígenas, los delineamientos territoriales que vieron los Estados tras los movimientos independentistas son un hecho completamente ajeno. Durante el periodo colonial, al menos, América entera prácticamente pertenecía a una sola Corona. El advenimiento de las Repúblicas independientes en muchos casos los separó. ¿Por qué entonces habría de importarles las fronteras, si su territorio ancestral no necesariamente se condice con el de los nuevos Estados a los cuales pasaron a formar parte? Pero la historia ya está escrita, y jurídicamente la solución, podría decirse, ya está dada por el Derecho Internacional Público así como por el Derecho Constitucional. Con todo, la cuestión del reconocimiento del carácter de pueblos de los indígenas se hace fundamental, toda vez que con ello pasan a ostentar la titularidad de los derechos colectivos que a éstos corresponden según las nuevas directrices del Derecho Internacional, entre las cuales está el derecho a la libre determinación y consiguientemente, el derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales.⁴⁶²

⁴⁶² MEZA-LOPEHANDÍA Glaesser, Matías. *Reconocimiento Constitucional y derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 6.

3. El problema de la integración en nuestra legislación vigente: Ley 19.253 y convenio 169 OIT

3.1. El problema de la integración de los pueblos indígenas en la Ley 19.253.

Escasas son las referencias que la Ley 19.253 hace al respecto. Por de pronto, en el artículo 1º inciso 2º segunda parte, la norma señala: “El Estado valora su existencia [de las etnias indígenas] por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.” De la norma citada, podría desprenderse su propensión a la integración a la Nación chilena, por ser parte esencial de sus raíces, y por tal motivo valora su existencia.

Por su parte, el artículo 7 inciso 2º, señala: “El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena.” De ésta norma, también podría entenderse referida a su integración a la Nación chilena, en cuanto las culturas indígenas forman parte de su patrimonio.

Respecto de la cultura y educación indígena, la ley establece en el artículo 28, casuísticamente, lo que contemplará el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígena, pero resulta difícil extraer de ellas mecanismos eficaces de integración.⁴⁶³

⁴⁶³ Dispone el artículo 28: “El reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará: a) El uso y conservación de los idiomas indígenas, junto al español en las áreas de alta densidad indígena; b) El establecimiento en el sistema educativo nacional de una unidad programática que posibilite a los educandos acceder a un conocimiento adecuado de las culturas e idiomas indígenas y que los capacite para valorarlas positivamente; c) El fomento a la difusión en las radioemisoras y canales de televisión de las regiones de alta presencia indígena de programas en idioma indígena y apoyo a la creación de radioemisoras y medios de comunicación indígenas; d) La promoción y el establecimiento de cátedras de historia, cultura e idiomas indígenas en la enseñanza superior; e) La obligatoriedad del Registro Civil de anotar los nombres y apellidos de las personas indígenas en la forma como lo expresen sus padres y con las normas de transcripción fonética que ellos indiquen, y f) La promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena.

Para el cumplimiento de lo señalado en el inciso anterior, la Corporación, en coordinación con el Ministerio de Educación, promoverá planes y programas de fomento de las culturas indígenas. Se deberá considerar convenios con organismos públicos o privados de carácter nacional, regional o comunal, que tengan objetivos coincidentes con los señalados en este artículo. Asimismo deberá involucrarse para el cumplimiento de dichas finalidades a los gobiernos regionales y municipalidades.”

Más “elocuente” parece lo dispuesto en el artículo 34 y siguientes, que regula la participación indígena, la que está circunscrita al deber de los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas.⁴⁶⁴ Al respecto, y con el propósito de dar ejecución a lo dispuesto en el Convenio N° 169 OIT en materia de consulta y participación de los pueblos indígenas, se dictó el Decreto N° 124 del Ministerio de Planificación de septiembre de 2009, que reglamenta el Artículo 34 de la Ley 19.253 a fin de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas; decreto no ha estado exento de críticas, por no ser, paradójicamente, consultado con los pueblos indígenas, y se ha considerado que su contenido viene en limitar indebidamente los derechos reconocidos en el Convenio⁴⁶⁵.

En fin, encontramos dentro de las funciones que la Ley 19.253 atribuye a la CONADI, en su artículo 39 inciso primero, el de impulsar la participación de las personas y comunidades indígenas en la vida nacional.

Como puede apreciarse, son escasísimas las referencias que la norma en comento hace respecto de una materia de suyo relevante, como es la integración de los pueblos -o *etnias* como señala la ley- a la sociedad, constituyendo una cuestión fundamental a la que debiese propender la norma, tan importante como la protección de la propiedad indígena o a sus recursos o a la protección de su cultura. De hecho la ley no menciona explícitamente la palabra integración. Con justa razón, puede decirse que la Ley 19.253 peca de no regular ésta materia. Urge, entonces, una reforma legal al respecto, ante la obsolescencia que la legislación vigente demuestra al respecto.

⁴⁶⁴ “Artículo 34.- Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios.”

“Artículo 35.- En la administración de las áreas silvestres protegidas, ubicadas en las áreas de desarrollo indígena, se considerará la participación de las comunidades ahí existentes. La Corporación Nacional Forestal o el Servicio Agrícola y Ganadero y la Corporación, de común acuerdo, determinarán en cada caso la forma y alcance de la participación sobre los derechos de uso que en aquellas áreas corresponda a las Comunidades Indígenas.”

⁴⁶⁵ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. *Informe Alternativo 2010 respecto del cumplimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT...* Op.cit. Pág. 7.

3.2. El problema de la integración de los pueblos indígenas en el Convenio N° 169 de la OIT.

En concordancia con los avances sobre los derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional, el Convenio, si se hace cargo del problema de la integración de los pueblos indígenas en la sociedad del país en que se encuentran, y procurando a la vez su espacio de autonomía, fundamentalmente, propendiendo al acceso de los derechos que consagra dentro de un plano de igualdad respecto del resto de la comunidad nacional⁴⁶⁶. Un ejemplo de esta propensión a la integración lo encontramos en el artículo 2°: “1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; (...) c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.”

Asimismo, en el artículo 6, respecto de la consulta, se dispone que: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan (...)”. En este aspecto, la consulta en sí, constituye una forma de integración, toda vez que se les hace parte en la toma de

⁴⁶⁶ El propio preámbulo del Convenio señala dentro de una de sus consideraciones “que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.”

decisiones públicas, y que en definitiva les afectará como segmento integrante de la sociedad. Pero, como señalamos, el Decreto N° 124 del MIDEPLAN de 2009, dictado para hacer aplicable en nuestro ordenamiento jurídico las disposiciones sobre esta materia de que trata el Convenio, ha sido objeto de variadas críticas, principalmente porque se ha considerado que, en lugar de dar correcta aplicación al Convenio, por el contrario, viene a limitarlo.

En fin, otro ejemplo de esta propensión a la integración, la encontramos en el artículo 26, en materia de educación, disponiendo que: “Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.”

Como ya hemos señalado, las disposiciones del Convenio, por ser atingentes a los derechos humanos, están elevadas a rango constitucional. Por tal razón, el Convenio debiese constituir en nuestro ordenamiento jurídico la principal norma que regule los derechos de los pueblos indígenas, máxime ante lo precaria que resulta la ley 19.253 y lo atrasada que se encuentra respecto de los estándares internacionales y en el derecho comparado. Encuentra, sin embargo, muchas trabas para su correcta aplicación. En lo que respecta al problema de la integración, si bien podemos decir con propiedad que el Convenio se preocupa de dicha materia, es difícil decir que tenga una plena aplicación directa en nuestro ordenamiento. Por el contrario, se hace imperativo adecuar mecanismos legislativos o institucionales para realmente propender a la integración de los pueblos indígenas a la sociedad nacional. Más aún, para propender efectivamente a ésta integración, pero sin caer en políticas integracionistas en desmedro de las identidades particulares de cada etnia, es menester un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

4. El reconocimiento constitucional, tarea pendiente

Haremos una breve referencia al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, pendiente aún, y que encuentra numerosos y fuertes detractores.

En Chile, no es menos cierto -y no podemos dejar de destacarlo- que un importante aspecto de la legislación al respecto, es que las personas pertenecientes a alguna *etnia*

indígena, son tan chilenos, en la medida que cumplan con los requisitos del artículo 10 de la Carta Fundamental, como cualquier otro nacional; y que, en la medida que cumplan con los requisitos del artículo 12 de la Constitución, son tan ciudadanos como cualquier otro ciudadano de la República. Con todo, en los hechos, y como hemos podido apreciar de la síntesis histórico-jurídica de su tratamiento, los pueblos indígenas de Chile han sido un segmento de la sociedad nacional históricamente postergado y olvidado, al que si bien se ha tratado de incluir a la realidad nacional, la mayoría de las veces ha sido en pos de “borrar” su identidad particular, como un grupo de chilenos más, y no integrándoles precisamente reconociendo, y más aún reconociendo en la propia Constitución de la República, aquella virtud de poseer una identidad propia y originaria. Para un verdadero avance⁴⁶⁷ en materia de integración, entre otras que diversos autores han hecho manifiestos, es preciso este reconocimiento. Es la base, es el principio de toda acción coherente, responsable y comprometido de un Estado para con la deuda histórica con sus pueblos originarios.

Algunos autores han señalado el reconocimiento de la multiculturalidad del Estado, como el primer paso que los Estados deben dar a fin de asegurar en su seno la supervivencia de los pueblos indígenas, constituyendo también una forma esencial de brindar respuesta a las demandas de los pueblos indígenas⁴⁶⁸.

Diversos proyectos de reforma constitucional se han presentado al respecto, quedando finalmente en nada, y que a grosso modo no han dejado de lado la idea unitaria de nación, aunque sí han hecho reconocimiento a la multiculturalidad. Así por ejemplo, el Mensaje del Ejecutivo N° 1101-355 de 23 de noviembre de 2007, en su mensaje señalaba que “el reconocimiento de la diversidad de nuestro país debe comenzar con visibilizar todas nuestras diferencias culturales. (...) De ahí que la reforma proponga, manteniendo la unidad

⁴⁶⁷ Decimos avance, y no solución, pues por el solo hecho de un reconocimiento en el texto de la Carta Fundamental, no puede considerarse que tal constituya en sí una solución definitiva. De la mano de éste reconocimiento, deberán irse dando los mecanismos y soluciones venideras.

⁴⁶⁸ “La multiculturalidad, debe ser entendida, como el conjunto variado de fenómenos sociales que derivan de la convivencia pacífica y/o coexistencia compleja de personas que se identifican con culturas diversas en un mismo territorio. El reconocimiento de la multiculturalidad supone constatar la existencia de los pueblos indígenas, con una historia y cultura particulares, esto es con identidad propia. Luego, reconocer la legítima pretensión de permanecer, desarrollarse y evolucionar como pueblo. Finalmente, la aceptación y valoración de la diversidad, mediante el reconocimiento de todos los factores anteriores.” HENRÍQUEZ Viñas, Miriam. *Los Pueblos Indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente*. En: *Reforma Constitucional*. Santiago, Chile. Editorial lexis Nexis. 2005. Págs. 127 a 145.

de la nación, reconocer la diversidad cultural de ésta.” La reforma que actualmente se discute, incide en los artículos 4º y 5º de nuestra constitución. El texto con que el senado aprobó la idea de legislar es el siguiente⁴⁶⁹:

Artículo 4º “La Nación chilena es una, indivisible y multicultural.

El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional.

Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes.”

Por su parte, el artículo 5º se modifica en el sentido de encabezarlo con un nuevo inciso 1º: “*Chile es una república democrática.*” El texto corresponde al del actual artículo 4º de la Carta Fundamental.

La reforma no ha estado exenta de críticas, sobre todo por la falta de consulta a los propios pueblos indígenas, según lo dispone el Convenio N° 169. En su tramitación, con muchos escollos más habrá de encontrarse, pero es de esperar que lleguen a buen puerto. Con todo, como se ha señalado por algunos autores, no debe tratarse de una simple reforma simbólica de la Constitución, sino que debe constituir una reforma sustantiva, cuyo contenido, interpretación y aplicación será determinante para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas⁴⁷⁰.

5. Breve referencia al tratamiento indígena en el derecho comparado. Posibles propuestas

Para concluir el presente trabajo, haremos un breve comentario a la experiencia que en el derecho comparado se ha dado a la temática de los pueblos indígenas u originarios,

⁴⁶⁹ MEZA-LOPEHANDÍA Glaesser, Matías. *Reconocimiento Constitucional y derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas...* Op.cit. Pág. 23.

⁴⁷⁰ Ídem.

con el propósito de extraer algunas enseñanzas que pudiesen ser aplicables, en la medida que la realidad de nuestro propio país lo permita. Al respecto tomaremos, a modo de ejemplo, dos casos de distintas latitudes y que han dado respuestas bastante satisfactorias a los lineamientos internacionales en la materia: Nueva Zelanda, en Oceanía y Canadá en América del Norte.

5.1. Experiencia Neozelandesa

En la búsqueda de soluciones aplicables, Nueva Zelanda, o Aotearoa como es originalmente llamada en lengua maorí, figura como un paradigma por su política empresarial indígena.⁴⁷¹

El contraste de la legislación neozelandesa hacia su población indígena, se puede contrastar directamente con Australia. Ambas naciones industrializadas, parte de la Commonwealth, y con ingresos per cápita por sobre los 35.000 dólares, han realizado grandes esfuerzos por compensar a sus pobladores originarios. Sin embargo, el éxito de Nueva Zelanda en este aspecto es remarcable. Con una economía algo más modesta que la australiana, Nueva Zelanda ha alcanzado mayores logros en la reparación y distribución de beneficios hacia sus pueblos originarios.⁴⁷²

El propio primer ministro de Nueva Zelanda, John Keyde, en su visita a Chile en marzo de 2013, destacó a su país como un excelente ejemplo de integración social de los pueblos originarios. Señaló como prueba de ello ver cómo la comunidad indígena maorí, que corresponde al 15% de los neozelandeses, ha alcanzado una notoriedad económica importante, controlan el 50% de la industria forestal y pesquera, el 15% de la agrícola y el 10% de la láctea. Además resaltó que el crecimiento de la "economía maorí" dobla la tasa del 2,2% que registró todo ese país durante 2012.⁴⁷³

⁴⁷¹ *El éxito de la ley indígena de Nueva Zelanda*. [En línea]. Biblioteca del Congreso Nacional. Noticias. 2012. [Fecha de Consulta: 7 de noviembre de 2013]. Disponible en: < <http://asiapacifico.bcn.cl/noticias/ley-indigena-nz/>>

⁴⁷² Ídem.

⁴⁷³ *Nueva Zelanda; Similitudes con Chile e Integración Maorí*. [En línea] Instituto Libertad y Desarrollo. 2013. [fecha de consulta: 10 noviembre 2013]. Disponible en: <<http://www.lyd.com/temaspublicos/editora/EII701NuevaZelanda220313.pdf>>. Pág. 4.

La eficiencia de su ley indígena, descansa en gran medida en un tratado histórico firmado en 1840, entre la corona británica y un grupo de jefes de los clanes de las islas de Nueva Zelandia. Según se puede revisar en el documento original, el Tratado de Waitangi reguló toda la compra de tierras hecha a los maoríes y declaró inválida toda negociación en la que estos tuvieran alguna desventaja o fueran afectados por la pérdida de territorio o bienes económicos. En líneas generales, este tratado se sintetiza en la cesión de tierras maoríes a cambio de un trato igualitario. Luego de su firma el tratado cayó en el olvido, hasta que sus condiciones generales fueron ratificadas en 1975. La presión de los maoríes, inspirados en la resistencia de los afroamericanos de los años 60 en Estados Unidos, logró que el Estado neozelandés formara un tribunal de justicia con la específica función de revisar los intercambios comerciales hechos con maoríes desde la firma del Tratado de Waitangi.⁴⁷⁴

En cuanto a la distribución de tierras para maoríes, resulta de especial relevancia el Tratado de Ngai Tahu del año 1997, que afecta a la totalidad de las tierras de la Isla del Sur de Nueva Zelandia. El acuerdo en cuestión, reconoce el derecho de los maoríes a estar representados en las áreas de conservación, el derecho a ser consultados por el Ministerio de Conservación en determinadas situaciones y la declaración de algunas montañas, lagos y valles como valores culturales de los maoríes.⁴⁷⁵

Pero más allá de los tratados, los programas del gobierno de Nueva Zelandia buscan apoyar iniciativas productivas para las comunidades maoríes en los rubros del turismo, forestal y pesquero. En estos casos, se apoya desde diversos programas la creación y desarrollo de empresas generadas por los mismos maoríes, medidas que han sido muy exitosas. Esta generación de empresas maoríes ha sido determinante en la mantención de una tasa de desempleo relativamente baja en la población maorí, aunque aún dicha tasa resulta más elevada que la del resto de la población. Esto redundo en un incremento proporcional de la participación de los maoríes menores de edad en el sistema de educación, con tasas que superan el 70% en los mayores de 16 años.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ <http://asiapacifico.bcn.cl/noticias/ley-indigena-nz/>

⁴⁷⁵ Ídem.

⁴⁷⁶ Ídem.

Si bien, en Aotearoa aún la situación del pueblo maorí no está completamente resuelta, demandado aún el componente de autodeterminación, sí han hecho notables avances al respecto, siendo el fortalecimiento de la independencia económica de los pueblos originarios ha sido la solución a muchos de los conflictos territoriales y de relaciones políticas con el pueblo maorí.⁴⁷⁷

5.2. Experiencia Canadiense

En Canadá se reconocen tres tipos distintos de pueblos originarios, a saber, las Primeras Naciones, el Pueblo Mestizo y el Pueblo Inuit. Canadá por ser un Estado federal, la relación entre el Estado y los pueblos indígenas históricamente ha sido de responsabilidad del Gobierno Federal, mientras que las provincias sólo tienen la responsabilidad sobre los Inuit y los Mestizos, los cuales son considerados como ciudadanos con los mismos derechos que los no indígenas.⁴⁷⁸

Grosso modo, la presión ejercida por los pueblos indígenas en este país, tanto a través de los tribunales de justicia como de la negociación con el gobierno, incidió durante las últimas décadas en la introducción de reformas legislativas y políticas significativas en materia de derechos indígenas.⁴⁷⁹

Los derechos de los distintos pueblos indígenas de Canadá, así como los derechos emanados de los tratados, fueron reconocidos por la Constitución de 1982. A este aspecto, el derecho al autogobierno constituye, de acuerdo a la política oficial del gobierno federal de ese país, un derecho inherente de los pueblos indígenas, aunque no ha sido reconocido propiamente en la Constitución a la fecha. De acuerdo a la política asumida por ese país en 1995, el gobierno ha estado dispuesto a llegar a acuerdos con los distintos pueblos indígenas del país posibilitando el ejercicio por parte de ellos de poderes legislativos y

⁴⁷⁷ Ídem.

⁴⁷⁸ BUSTAMANTE Rivera, Gonzalo. *El modelo canadiense de relación con los Pueblos Indígenas en Chile: ¿pero de cuál de todos los modelos estamos hablando?* [En línea] Observatorio Ciudadano. [fecha de consulta: 5 noviembre 2013] Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/modelos_canadienses_de_gonzalo_bustamante_r.pdf>. Págs. 1 y 2.

⁴⁷⁹ AYLWIN, José. *Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y Comparado*. En Línea] Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera. 1998. [Fecha de consulta: 22 de noviembre de 2013]. Disponible en: <<http://200.10.23.169/trabajados/Jos%E9%20Aylwin.pdf>> Pág. 9.

administrativos en una amplia gama de materias internas a las comunidades, integrales a sus culturas, tradiciones, lenguas e instituciones y respetan su relación con sus tierras y recursos. Los únicos poderes excluidos de la negociación, son aquellos que dicen relación con la soberanía Canadiense, la defensa, las relaciones externas, la política monetaria, el derecho criminal sustantivo, la protección de la salud entre otras.⁴⁸⁰

Junto al autogobierno, otras políticas han sido implementadas en Canadá permitiendo a los pueblos indígenas la administración o autogestión de los recursos financieros que el Estado destina a los pueblos indígenas. Desde la década de 1980 el gobierno federal ha desarrollado un proceso de restitución o devolución a los pueblos indígenas de la administración de los recursos que antiguamente controlaba. En 1996 y 1997, el 82% de los recursos del Ministerio de Asuntos Indígenas eran administrados por los pueblos indígenas de Canadá.⁴⁸¹

En materia de derecho a la tierra y a los recursos naturales, que engloban los derechos territoriales de los pueblos indígenas, considerables avances se han logrado también desde la década de 1960. Diversos fallos judiciales pronunciados por la Corte Suprema de este país, han ido reconociendo progresivamente el derecho de los indígenas a las tierras y recursos que en ellas se encuentran, fundados en el concepto del “título originario” que ellos tendrían sobre las mismas. La misma Corte ha reconocido que, precisamente, el título originario de los indígenas no solo engloba a la tierra, sino también a los recursos naturales que en ella se encuentren, instando al gobierno a llegar a acuerdos con los distintos pueblos indígenas sobre sus derechos y así evitar la multiplicidad de juicios al respecto. En base a la política oficial, y a los lineamientos señalados por los tribunales, más de diez tratados nuevos se han suscrito desde la década del setenta en distintas partes de Canadá en áreas en que no se suscribieron tratados en el pasado, y por lo tanto se considera que el título originario de los indígenas no ha sido extinguido. Ejemplo de ello son la Convención de la Bahía James, la Paz de los Bravos y el acuerdo de Sanarrutik en la Provincia de Québec, así como el acuerdo con el pueblo Nisga’a en la

⁴⁸⁰ Ídem.

⁴⁸¹ Ídem.

Columbia Británica.⁴⁸² En dichos tratados se ha reconocido a los indígenas propiedad de al menos parte de las tierras que habitan y reclaman, derechos de caza y pesca en las áreas restantes. También se han establecido derechos a la participación en la administración de la tierra, parques aguas, vida silvestre, medio ambiente de las zonas cubiertas por los tratados. Finalmente se han reconocido a los indígenas derechos económicos, como derecho a participar de las utilidades de proyectos de inversión en áreas indígenas, derecho a compensación, entre otros.⁴⁸³ Estos acuerdos muestran un cierto modelo en común para establecer un proceso de negociación entre el Estado y algunos pueblos indígenas reconociéndoles, precisamente, el carácter de *pueblos* o *naciones* para determinar con la mayor precisión posible derechos territoriales sobre un territorio claramente delimitado, estableciendo altos niveles de autonomía gubernamental indígena sobre dichos territorios, sobre la base de estructuras de gobernanza, aunque occidentales, tratando de adaptarlos en cierta medida a las esquemas culturales indígenas, y abriendo la posibilidad de introducir un espacio de institucionalidad indígena. Por lo demás, este modelo implica reconocer derechos territoriales exclusivos sobre partes del territorio, donde cada pueblo puede establecer el tipo de gestión de sus recursos con bastante autonomía.⁴⁸⁴

La experiencia canadiense en cuestión, sin embargo, y no obstante la visión general señalada precedentemente, no debe entenderse como un solo modelo a seguir, sino que el “caso canadiense” está constituido por una pluralidad de modelos o alternativas, como los ya mencionados Convención de la Bahía James, la Paz de los Bravos y el acuerdo de Sanarrutik en la Provincia de Québec y el Acuerdo con el pueblo Nisga’a en Columbia Británica, o la creación de la Provincia de Nunavut, de predominio étnico Inuit.⁴⁸⁵ Por tanto, cada experiencia en cuestión debe analizarse para ver cuánto de ella es aplicable a la formación de políticas para abordar los derechos indígenas en nuestro país.

⁴⁸² BUSTAMANTE Rivera, Gonzalo. *El modelo canadiense de relación con los Pueblos Indígenas en Chile...* Op.cit. Pág. 2. Algunos de los principales aspectos, en materia territorial son el reconocimiento de tierras de derecho exclusivo indígena, así como el reconocimiento de tierras de derechos compartidos entre la sociedad canadiense y las comunidades indígenas.

⁴⁸³ AYLWIN, José. *Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y Comparado...* Op.cit. Pág. 10.

⁴⁸⁴ BUSTAMANTE Rivera, Gonzalo. *El modelo canadiense de relación con los Pueblos Indígenas en Chile...* Op.cit. Pág. 5. El autor cita como ejemplo la exigencia por parte de las comunidades indígenas de royalties a las industrias extractivas que quieran desarrollar sus actividades en el territorio contemplado por el Acuerdo, y que igualmente sean aceptadas en el territorio, donde estos royalties pueden ser, o no, compartidos con el gobierno.

⁴⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 7.

5.3. El aporte para las políticas indígenas en Chile que estas experiencias comparadas pueden brindar.

Ahora bien, y para terminar, qué ideas nuevas pueden aportar para Chile las experiencias de éstos dos países.

Del modelo canadiense, podría aplicarse la concepción de autonomía por ejemplo en las zonas declaradas como Áreas de Desarrollo Indígena, que por lo demás se encontraría en consonancia con los estándares internacionales. Si a esto se suma que en dichas áreas pueden cogestionar, o gestionar derechamente sobre sus recursos, tales como forestales, pesqueros o ganaderos, etc, y en emprendimientos, como el ecoturismo, la artesanía o la manufactura, a la usanza del modelo neozelandés; todo lo anterior, dentro de los propios paradigmas culturales de cada pueblo indígena, podrían tenerse importantes logros en la materia. Por ejemplo, el pueblo mapuche, tras la conquista española y hasta antes de la ocupación de la Araucanía por el gobierno chileno, como vimos, había devenido en un pueblo ganadero. Imagínese, por consiguiente, una comunidad desarrollando la crianza ganadera de vacunos en predios de su propiedad, para faenas lecheras.

Las medidas, que se puedan extraer de éstas u otras experiencias mundiales, siempre deben contextualizarse a la realidad de nuestro país, e importante es también, que se adapten a la realidad socio-cultural de cada pueblo en particular, en pos de desarrollar exitosas políticas para con nuestros pueblos indígenas.

CONCLUSIÓN

En Chile, la cuestión indígena, desde el advenimiento de la República estuvo orientada a la integración de los pueblos originarios, pero en forma integracionista, esto es, incorporándoles al proceso de construcción nacional como chilenos, debiendo dejar de lado sus diversas raíces culturales propias, debiendo olvidar su identidad. Por éste motivo, muchos aspectos culturales de los pueblos indígenas han sido sepultados, sobreviviendo algunos. Y sin embargo, no obstante esta asimilación a la nación chilena, siguen constituyendo un segmento socialmente postergado y segregado en gran medida. La legislación vigente, que ya resulta añeja en relación a los parámetros internacionales, no ha podido subsanar esas y otras cuestiones.

Por esta razón, podemos concluir que en Chile no ha existido una efectiva integración de los pueblos indígenas a la realidad nacional, en cambio, se han promovido históricamente políticas de asimilación, superadas por las reivindicaciones modernas, tanto en el plano interno como en el internacional. Si realmente se quiere avanzar en materia de integración de los pueblos indígenas, es menester el reconocimiento de su identidad, a nivel constitucional, y desarrollar políticas e instrumentos que integren a los pueblos indígenas del país, sin desmedro de sus particularidades culturales, y por qué no, integrarles brindándoles los necesarios espacios de autonomía que sus características culturales requieran.

Al efecto, proponemos dos ideas en esta materia, de miles que se han planteado pero que en definitiva no se han aplicado:

- Reforma a la ley 19253, o la dictación de una nueva Ley Indígena que derogue la anterior, para que el marco jurídico que regule a la relación del Estado con los pueblos indígenas sea que sea verdaderamente concordante con los estándares internacionales;
- Planes de educación, sobre todo en la escolaridad, para concientizar verdaderamente sobre el rol y el lugar que corresponde a los pueblos indígenas en nuestra propia cultura chilena; qué después de todo, en lugar del proceso decimonónico - y también, por qué no decirlo, de gran parte del siglo XX- de chilenizar a los pueblos

indígenas, sea de la manera inversa y la cultura indígena influya en la identidad chilena.

Para el desarrollo de políticas exitosas en materia de integración, así como de las sentidas demandas de los pueblos originarios del país, es menester cambiar la visión que de los pueblos indígenas se tiene, de enaltecer la diversidad cultural, de enaltecer lo antiquísima que son sus manifestaciones en nuestro territorio, recogiendo experiencias internacionales al respecto y sobre todo comprenderlos desde su propia mirada, conociendo su historia, para no seguir repitiendo los errores del pasado.

La historia de los pueblos indígenas en general, y la de nuestros pueblos indígenas en particular, es dramática. Es la del desposeimiento de sus tierras, de la negación de sus culturas, de su muerte. Pero, ¿es la historia de pueblos derrotados, sin un final feliz? Al final, la historia de los pueblos indígenas, es la de una lucha por la supervivencia, cargada de sacrificios, intentando mantener una identidad, más allá de todos los pisoteos sociales, jurídicos o económicos. Derrotados en su libertad, obligados a formar parte de Estados que no les empecían, y sometidos a un desfile de distintos tipos de gobiernos -monarquías, democracias, dictaduras- y de leyes que jamás les fueron propias, sin embargo, han encontrado las vías para elevar su cultura hasta nuestros días. A pesar de los intentos estatales por asimilarlos durante siglos, aún siguen aquí, como Mapuches, como Rapa Nuis, como Aymaras, como Lickanantay, como tantos otros que aún habitan nuestro territorio, o en remembranza de aquellos que han desaparecido, en las grandes urbes ya muchos, o aferrándose a sus tierras ancestrales, aferrándose a sus culturas, negándose a perecer, exigiendo que se les reconozca, y que pueda seguir existiendo un mañana en el cual encontrar, aún, vida para ellos mismos y sus culturas.

BIBLIOGRAFÍA

AYLWIN, José. Implementación de Legislación y Jurisprudencia Nacional Relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas: La Experiencia Chilena. [En línea] Documento de Trabajo N°3. Observatorio Ciudadano. 2005. [Fecha de consulta: 15 de Mayo de 2013]. Disponible en:

<http://www.idhc.org/esp/documents/Conflictos/Mapuche/conflicto/Dcto_Chile_conf_UNU_final%20publicado.doc>

AYLWIN, José. Pueblos Indígenas de Chile: Antecedentes históricos y situación actual. [En línea]. Serie de Documentos N°1. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera. 1994. [Fecha de consulta: 18 de Mayo de 2013]. Disponible en:

<http://200.10.23.169/trabajados/jose_aylwin.pdf>

AYLWIN, José. Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y Comparado. [En Línea] Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera. 1998. [Fecha de consulta: 22 de noviembre de 2013]. Disponible en:

<<http://200.10.23.169/trabajados/Jos%E9%20Aylwin.pdf>>

BENGOA, José. Historia del Pueblo Mapuche. Siglos XIX y XX. 6ª.ed. Santiago, Chile: Lom, 2000. 421 p.

BIBLIOTECA del Congreso Nacional. El éxito de la ley indígena de Nueva Zelanda. [En línea]. Noticias. 2012. [Fecha de Consulta: 7 de noviembre de 2013]. Disponible en: <<http://asiapacifico.bcn.cl/noticias/ley-indigena-nz/>>

BRAVO Lira, Bernardino. Poder y respeto a las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX. Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1989. 183 p.

BUSTAMANTE Rivera, Gonzalo. El modelo canadiense de relación con los Pueblos Indígenas en Chile: ¿pero de cuál de todos los modelos estamos hablando? [En línea] Observatorio Ciudadano. [fecha de consulta: 5 noviembre 2013] Disponible en:

<http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/modelos_canadienses_de_gonzalo_bustamante_r.pdf>

CARTILLA Informativa: El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (1989). Cartilla Informativa. [En línea]. Observatorio Ciudadano. 2009. [fecha de consulta: 16 de Octubre de 2013]. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/images/_PDF.tapachica.png>

CASTRO Lucic, Milka. La universalización de la condición indígena. Alteridades, México. 18(35):21-32, Enero 2008.

COMISIÓN Verdad Histórica Y Nuevo Trato Con Los Pueblos Indígenas. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. [En línea]. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2008. [Fecha de consulta: 20 de enero de 2013]. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/27374.pdf>>

CONVENIO N° 169. [En línea]. Organización Internacional Del Trabajo. [fecha de consulta 20 octubre 2013] disponible en: <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>>

DECRETO con Fuerza de Ley N° 1. Ministerio de Justicia. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley N°4.808, sobre registro civil, de la ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley N° 16.618, ley de menores, de la ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial, 30 de Mayo de 2000.

DECRETO Supremo N° 100, Ministerio de Secretaría General de la Presidencia. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República. Diario Oficial, 22 de Septiembre de 2005.

DECRETO Supremo N° 236, Ministerio de Relaciones Exteriores. Promulga el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Diario Oficial, 14 de Octubre de 2008.

Los DERECHOS del pueblo Rapa Nui en Isla de Pascua. Informe de Misión Internacional de Observadores a Rapa Nui. [En línea]. Misión Internacional de Observadores a Rapa Nui. 2011. [fecha de consulta: 18 de junio de 2013]. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/dcto_rapa_nui_iwgia-observatorio_castellano_final.pdf>

DERECHOS Humanos de Tercera Generación, Derechos Colectivos y Derechos de los Pueblos Indígenas y su Titularidad. [En Línea] Instituto Igualdad, Programa de Asesoría Legislativa. 2010. [fecha de consulta: 29 de Junio de 2013] Disponible en: <<http://www.igualdad.cl/wp-content/uploads/2010/11/MINUTA-N%C2%B0-28.pdf>>

DÍAZ del Río, Eduardo. Los Araucanos y el Derecho. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2006. 109 p.

DIÉMER Johannsen, E. Enrique y CERDA Valdés, Olga. Diccionario Jurídico Chileno y de Ciencias Afines. Volúmen I y II. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2006. 1339 p.

FUENZALIDA, Sergio. Interpretación y Aplicación del Convenio 169 de la OIT como tratado de derechos humanos. Informe en Derecho. [En línea] Observatorio Ciudadano. 2009. [fecha de consulta: 23 de octubre de 2013]. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_en_derecho_convenio_169_s_fuenzalida_2009.pdf>

GAETE Uribe, Lucía. El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, 18(2):77-124, 2012.

GONZALEZ Cortés, Héctor y GUNDERMANN Kröll, Hans. Acceso a la propiedad de la tierra, comunidad e identidades colectivas entre los Aymaras del norte de Chile. *Chungara, Revista de Antropología Chilena*, 41(1):51-70, Diciembre, 2008.

HENRÍQUEZ Viñas, Miriam. Los Pueblos Indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente. En: ZÚÑIGA Urbina Coordinador. *Reforma Constitucional*. Santiago, Chile: lexis Nexis, 2005. pp 127 – 145.

INFORME Alternativo 2010 respecto del cumplimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, al cumplirse un año de su entrada en vigencia en Chile.[En línea] Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. 2010. [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2013]. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/10/memoria-alternativa-convenio-169-oit-chile-2010-1.pdf>>

INFORME anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Hechos 2006.[En línea] Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. 2007. [fecha de consulta: 27 de agosto de 2013] Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/pueblos_indigenas1.pdf>

INSTITUTO de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera. Informe del Programa de Derechos Indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Santiago, Chile: Lom, 2003. 454 p.

INSTITUTO Libertad y Desarrollo. Nueva Zelanda; Similitudes con Chile e Integración Maorí. [En línea]. 2013. [fecha de consulta: 10 noviembre 2013]. Disponible en: <<http://www.lyd.com/temaspublicos/editora/EII701NuevaZelanda220313.pdf>>

Ley 19.253, CHILE. Ministerio de Planificación y Cooperación. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena. Diario Oficial, 5 de Octubre de 1993.

MEZA-LOPEHANDÍA Glaesser, Matías. Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígena. Documento de Trabajo N° 9. [En línea] Observatorio Ciudadano. 2010. [fecha de consulta: 5 de octubre de 2013]. Disponible en:

http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/reconocimiento_constitucional_final.pdf

MOLINA Guaita, Hernán. Instituciones Políticas. 12ª. ed. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2006. 385 p.

MUÑOZ, Bernardo. Derechos de propiedad y pueblos indígenas de Chile. [En línea] Cepal. 1999. [fecha de consulta: 12 de julio de 2013]. Disponible en:

<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/4630/LCL1257P.pdf>

MUSEO Chileno de Arte Precolombino. Pueblos Originarios. Aymaras. Historia. [En línea]. [Fecha de consulta: 29 de Mayo de 2013]. Disponible en:

<http://chileprecolombino.cl/pueblos-originarios/aymara/historia/>

PUEBLOS Originarios. Atacameños. Historia. [En línea] Museo Chileno de Arte Precolombino. [Fecha de consulta: 29 de Mayo de 2013]. Disponible en:

<http://chileprecolombino.cl/pueblosoriginarios/atacamenos/historia/>

PUEBLOS Originarios. Atacameños. Lengua. [En línea] Museo Chileno de Arte Precolombino. [Fecha de consulta: 29 de Mayo de 2013]. Disponible en:

<http://chileprecolombino.cl/pueblos-originarios/atacamenos/lengua/>

RAVEST Ibarra, Maximiliano. El Reconocimiento de los Pueblos Indígenas en los textos Constitucionales. Derecho y Humanidades, Pontificia Universidad Católica, (17):91-118, 2011.

SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio. Historia Contemporánea de Chile. Tomo II. Actores Identidad y Movimiento. Santiago, Chile: Lom, 1999. 172 p.

SILVA Vargas, Fernando. Tierras y pueblos de indios en el Reino de Chile. Esquema histórico-jurídico. Santiago, Chile: Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 1962. 266 p.

UNIVERSIDAD Católica del Norte. Escuela de Derecho. Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas. Antofagasta, Chile: Librotecnia, 2010. 570 p.