



Los pueblos indígenas y tribales en Chile

Una introducción al tratamiento jurídico de la cuestión indígena

Autor

Matías Meza-Lopehandía G.

Email:

mmezalopehandia@bcn.cl

Tel.: (56) 32 226 3965

Nº SUP: 123153

Resumen

El marco jurídico de la cuestión indígena en Chile está determinado por la Ley de Desarrollo Indígena de 1993 (LDI). Esta reconoce a nueve etnias como las principales del país, protege sus tierras como la base de sus culturas y establece mecanismos de participación, aunque no todos ellos han sido implementados. Asimismo, contempla mecanismos para fomentar el desarrollo indígena.

En materia de acceso a los recursos naturales, la Ley “Lakenche” de 2008, aplicable a todos los pueblos indígenas del país, les permite solicitar la entrega de la administración la porción de borde costero necesaria para la preservación de sus usos consuetudinarios en el mismo. Su adopción fue celebrada por las organizaciones indígenas que la impulsaron, aunque su implementación ha sido significativamente más lenta que lo previsto en la legislación.

El 2008 fue ratificado el Convenio 169 de la OIT que reconoce diversos derechos a los indígenas como colectivo, destacando los derechos territoriales, culturales y de participación. Estos últimos han sido considerados por la propia OIT como la “piedra angular” del sistema. En efecto, la consulta previa indígena ha sido el principal foco de la implementación del Convenio en Chile, la que no ha estado exenta de dificultades.

El pueblo maori rapa nui está incluido en la LDI, sin perjuicio de las reglas especiales que les resultan aplicables a ellos y al territorio de la Isla de Pascua/Rapa Nui. Esto último incluye un estatuto especial a nivel constitucional, legal y eventualmente internacional.

Recientemente se aprobó la Ley N° 21.151 que reconoce el pueblo tribal afrodescendiente chileno, y reafirma la aplicabilidad de la consulta previa indígena respecto de ellos. Cabe tener presente que, desde el punto de vista del derecho internacional vigente, en su calidad de pueblo tribal les resulta aplicable el mismo estatuto que el que corresponde a los pueblos indígenas.

Finalmente, cabe señalar que existen proyectos de ley actualmente en tramitación para el reconocimiento del pueblo selk’nam, chango y el reconocimiento diferenciado del pueblo huilliche.

Introducción

La inserción de los pueblos indígenas del continente en la vida social, económica y política de las sociedades en las que quedaron insertos tras los procesos de construcción de Estado ha sido un proceso complejo. Durante el siglo XX se desplegaron las políticas indigenistas que intentaron integrarlos a las mismas, respetando en mayor o menor medida sus particularidades culturales, aunque según algunos, siempre con un horizonte de asimilación.¹

Sin embargo, en las últimas décadas, la identidad indígena ha ingresado con fuerza en la esfera pública, no solo en Chile, sino que en general en América Latina, especialmente a partir del hito del quinto centenario de la llegada europea al continente americano. Desde ahí, se ha desplegado, en opinión de varios autores, una agenda de reivindicación de derechos políticos, económicos y culturales, expresada principalmente en autonomía indígena y reconstrucción territorial, y más actualmente, en la demanda por la descolonización del Estado a partir del concepto de plurinacionalidad.²

En Chile, al terminar la dictadura militar (1973-1990) comenzó un intento de redefinir la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. Este se expresó principalmente en el proceso que desembocó en la adopción de la Ley N° 19.253 de Desarrollo Indígena (LDI). Este tuvo en su origen una amplia participación indígena, aunque según diversos autores, su contenido fue modificado significativamente durante su tramitación legislativa, restringiéndose el alcance de los derechos que el proyecto original reconocía.³

Esta normativa ha servido como el principal marco jurídico de reconocimiento de derecho a los pueblos indígenas del país en los últimos 25 años. Sin perjuicio de ello, existen otros cuerpos normativos específicos que los han ampliado: la Ley N° 20.249 de 2008, conocida como "Ley Lafkenche", que reconoce derechos sobre el borde costero a los pueblos indígenas del litoral, y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales de 1989, ratificado por Chile el mismo año 2008.⁴

Adicionalmente, mediante dos reformas constitucionales de los años 2007 y 2012 respectivamente, se habilitó el establecimiento de un régimen especial para la Isla de Pascua, el territorio nativo del pueblo

¹ Bengoa, 2017; Valenzuela, 2018; Vergara y otros, 2005.

² Bello, 2004; Bengoa, 2000 y 2009; Irigoyen, 2011. Sobre las demandas mapuche en el periodo, ver BCN, 2019c.

³ El recién elegido Presidente Aylwin creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas. Esta impulsó un proceso de participación indígena que culminó con un Congreso Nacional Indígena compuesto por delegados indígenas del todo el país. En este se acordó un ante-proyecto de ley que fue entregado al Presidente de la República. A partir de dicho documento, el gobierno elaboró el proyecto de ley que fue presentado al Congreso Nacional (boletín N° 514-01). El ante-proyecto del Congreso Indígena fue modificado antes y durante su tramitación en el Congreso Nacional. Según diversos autores, estos cambios implicaron una reducción del reconocimiento de derechos territoriales, derechos políticos de participación y autonomía, del derecho propio y de la consulta previa indígena (Aylwin, 2002 y 2005; Aylwin y Yáñez, 2013; Bengoa, 2017).

⁴ Otros instrumentos internacionales relevantes son la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, adoptada en 2007 y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en 2016. Ambos instrumentos fueron firmados por Chile. Como no se trata de tratados internacionales, no han sido sometidos a ratificación.

maori rapa nui.⁵ En 2018 se dictó la Ley N° 21.070 que regula el ejercicio del derecho a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde la Isla de Pascua. Esta ley, junto a la N° 16.441 de 1966, que creó el Departamento de Isla de Pascua, regulan el gobierno de esta ínsula oceánica. Aunque no se trata de normas dictadas en consideración al carácter indígena de la población, se mencionan aquí porque inciden en la administración del territorio en que habita el pueblo maori rapa nui.

Por otra parte, el legislador ha ido reconociendo nuevos grupos étnicos en la legislación, ya sea como indígenas, como es el caso de los diaguitas, o como pueblos tribales, como es el caso de los *afrodescendientes* chilenos.

En este informe, se analizarán brevemente los contenidos de estas normas, acudiendo, a la bibliografía disponible. Además, se incluye una sección sobre el estatuto aplicable a los pueblos no reconocidos por la ley y una referencia a los proyectos de ley en tal sentido. Al final del documento se incluye un anexo con información demográfica y socioeconómica de los pueblos indígenas.

Por razones de espacio, no se incluyen otras normas de aplicación general que tienen particular relevancia para los pueblos indígenas, como por ejemplo, las que regulan el acceso a los recursos naturales, o la que organiza el sistema de evaluación de impacto ambiental

I. La Ley de Desarrollo Indígena de 1993

La LDI a la que se hizo referencia en la Introducción de este informe, innovó en varios aspectos. En primer lugar, reconoce explícitamente “las principales etnias de Chile”, extendiendo así la protección legal a todos los pueblos indígenas del país, y no solo a la tierra mapuche, como había sido la tónica de la legislación anterior.⁶ En ese sentido, incorporó normas especiales para la protección de los diferentes pueblos, conforme a sus necesidades particulares.⁷

Por otra parte, por primera vez la legislación chilena permitió la titularidad individual sobre la tierra indígena y desligó la condición de indígena del título sobre tierra indígena, estableciendo criterios de etnicidad para determinar a los sujetos de la ley.⁸ Asimismo, reconoció la existencia del indígena urbano y del indígena migrante, permitiéndoles asociarse y ser foco de políticas de protección y desarrollo.⁹

⁵ Se trata de la ley 20.193 de 2007, que agregó un artículo 126 bis al texto constitucional que reconoció el carácter especial de la Isla de Pascua y el Archipiélago Juan Fernández, autorizando la regulación de su gobierno mediante estatutos especiales; y la Ley 20.573 de 2012, que incorporó un nuevo inciso autorizando la regulación por ley del ejercicio del derecho de residencia en dichos territorios.

⁶ Cabe tener presente que anteriormente existieron normas especiales para los nativos de Tierra del Fuego y los maori rapa nui de Isla de Pascua. Cfr. Bengoa (1990) y Jara (1956).

⁷ Así por ejemplo, se reconoce el sistema tradicional de cacicados de los mapuche huilliche y su ámbito territorial (arts. 60-61); se protege especialmente las tierras y aguas de los indígenas del norte del país (arts. 62-65); se establece un estatuto especial de etnicidad, un régimen especial de tierras y una institucionalidad ad hoc para los rapa nui (arts. 66-72).

⁸ Art. 2 LDI.

⁹ Arts. 75 y 76 LDI. Conforme a estas disposiciones, el indígena urbano es aquel cuyo domicilio está en la ciudad y el rural es el que habita en el campo, pero en tierras que no son consideradas indígenas por la ley.

En materia de tierras, innovó al reconocer explícitamente su valor cultural, pues para los indígenas “la tierra es el fundamento principal de su existencia y cultura”,¹⁰ además del ya señalado reconocimiento de la posibilidad de una titularidad individual sobre la tierra. Asimismo, extendió el reconocimiento del carácter indígena de las tierras a todas aquellas reconocidas o entregadas por el Estado a indígenas y a aquellas que históricamente les han pertenecido. Asimismo, creó un “submercado” de tierras indígenas,¹¹ en tanto dichas tierras solo pueden ser enajenadas entre miembros de una misma etnia¹² y estableció un mecanismo para adquirirlas para las comunidades y personas indígenas (Fondo de Tierras y Aguas, FTyA).

El FTyA ha estado en el centro de las políticas públicas dirigidas a los indígenas en los últimos treinta años.¹³ Esto parece encontrar sus fundamentos en la relevancia que esta tiene para los propios indígenas, lo que ha sido recogida tanto en el derecho internacional como en la propia LDI.¹⁴ Sin embargo, esto parece no haber sido suficiente: el conflicto en torno a la propiedad de la tierra, en particular, en el caso mapuche persiste en el tiempo. Desde la academia han apuntado a diversas explicaciones más o menos complementarias como la insuficiencia de recursos, las distorsiones de precios provocadas por la lógica mercantil del mecanismo, el incentivo producido por la priorización de compras de tierras en conflicto, la asignación de tierras reclamadas por una comunidad a otra y la falta de un procedimiento claro de compra.¹⁵

Otro aspecto fundamental de la LDI es el énfasis en la participación indígena en las políticas públicas dirigidas a ellos. En esta materia, lo principal es la incorporación de representantes indígenas en la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), que “es 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 nacional.”¹⁶ La Ley contempla un Consejo Nacional de diecisiete miembros designados por el Presidente de la República que ejerce la dirección superior. Ocho de ellos son indígenas que representan a cuatro de los pueblos indígenas reconocidos en la ley.¹⁷ En la práctica, el

¹⁰ Art. 1 LDI.

¹¹ Bengoa, 2017:18.

¹² Sobre los detalles del estatuto de las tierras indígenas, consagrado en la Ley 19.253 de 1993, con el foco en las tierras mapuche, ver BCN, 2019b.

¹³ Entre 1994 y 2010, se adquirieron 667.457 hectáreas contando tierras compradas a particulares, saneamiento de títulos y predios fiscales transferidos a indígenas. De estas, 123.054 hectáreas correspondían a compra de tierras particulares (Donoso, 2017). Hacia 2014, ascenderían a 167.910 hectáreas (INDH, 2014). Hacia 2017 se habían invertido 654.616.049 (miles de \$) en este fondo (Donoso, 2017).

¹⁴ Cfr. art. 13 Convenio 169 de la OIT y art. 1 LDI. Esta importancia también se ve reflejada en la opinión pública mapuche. De acuerdo a una encuesta CEP, en 2006, el 91 % de los mapuche encuestados consideraba que el país les debía una reparación, y el 61% de ellos afirmaba que debía hacerse mediante la devolución de tierras (CEP, 2006). En 2016, una nueva encuesta arrojó el 49% consideraba que la restitución de tierras era el modo en que el Estado debía reparar a los mapuche. Las cifras no son comparables, porque la primera encuesta era una pregunta abierta pudiendo mencionar más de una, mientras que la segunda era una pregunta cerrada de selección única.

¹⁵ Donoso, 2017; Meza-Lopehandía, 2018; Yáñez, 2017; Zaron y Lipin, 2016.

¹⁶ Art. 39 LDI.

¹⁷ Art. 41 LDI. Los pueblos representados son los mapuche, los aimara, los licanantai y los rapa nui. Además se contempla un indígena urbano, que por una cuestión demográfica, siempre ha recaído en un mapuche.

Presidente designa a quienes obtienen las mayorías en una elección abierta organizada por CONADI.¹⁸

La ley contempla otros tres mecanismos de participación: (i) la obligación estatal de "escuchar y considerar" la opinión de las organizaciones indígenas reconocidas en la ley en materias "que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas";¹⁹ (ii) la obligación de considerar la participación indígena en la administración de las áreas silvestres protegidas ubicadas en áreas de desarrollo indígena;²⁰ y (iii) el Consejo Indígena de cada Sub-dirección Nacional de CONADI, que tendría funciones de participación y consulta.²¹ Solo el segundo de estos mecanismo ha sido implementado.²² Ejemplos de ello son la co-administración del Parque Nacional Los Flamencos entre CONAF y el Consejo de Pueblos Atacameños del pueblo lincan antay, y la gestión autónoma del Parque Nacional Rapa Nui, a través de una concesión de administración por 50 años a la comunidad Ma'u Henua.²³

Finalmente, cabe señalar que, tal como lo indica su nombre, la LDI establece un horizonte de desarrollo para los pueblos indígenas, fundado principalmente en el apoyo productivo. En efecto, parte esencial del mandato de CONADI es "promover, coordinar y ejecutar", las políticas de desarrollo económico impulsadas por el Estado en favor de los indígenas y sus comunidades.²⁴ Esto se concreta en dos instrumentos. Por una parte, está el Fondo de Desarrollo Indígena, que permite otorgar crédito para programas de superación del minifundio o financiar recuperación de suelos, obtención de concesiones de acuicultura y pesca, entre otros.²⁵ Por la otra, crea la figura del Área de Desarrollo Indígena. Estas buscan focalizar la acción del Estado para el desarrollo de territorios históricamente indígenas en que exista alta densidad indígena, tierras indígenas, homogeneidad ecológica y dependencia de recursos naturales para su equilibrio.²⁶

Desde el punto de vista de la superación de la pobreza, esta estrategia de apoyo productivo y focalización ha logrado reducirla en términos absolutos. Sin embargo, esta sigue afectando en mucho mayor proporción a los indígenas que a los no indígenas.²⁷ Aunque entre los años 2011 y 2013 la caída de la pobreza entre los no indígenas habría sido levemente más aguda que la de los no indígenas (ver tabla N° 3 en el anexo),²⁸ de acuerdo con los datos del Ministerio de Desarrollo Social, hacia 2017 la pobreza multidimensional afectaba al 30,2% de la población indígena, mientras que a la

¹⁸ Vergara y otros, 2004. Las candidaturas deben estar patrocinadas por comunidades u organizaciones mapuche. Esta consulta está reglada en el Decreto Supremo N° 464 de 1994 de MIDEPLAN.

¹⁹ Art. 34 LDI.

²⁰ Art. 34 y 35 LDI respectivamente.

²¹ Art. 46 LDI.

²² El art. 34 de la LDI se implementó en 2009, veintiséis años después de adoptada la LDI, con la entrada en pleno vigor del Convenio 169 de la OIT, mediante el Decreto Supremo N° 124 de 2009 MIDEPLAN. Sin embargo, la consulta previa indígena consagrada en el Convenio es distinta a la del artículo 34, porque esta se agota en escuchar las opiniones indígenas, mientras que aquella requiere un diálogo intercultural orientado al alcanzar el consistentemente (BCN, 2016). Por lo mismo, el DS 124 fue criticado por distintas instancias, incluyendo el INDH (2010). Los Consejos Indígenas no han sido implementados hasta la fecha. Según CONADI (2017), esto es consecuencia de no haberse decretado el reglamento respectivo.

²³ Molina, 2018.

²⁴ Art. 39 LDI.

²⁵ Art. 23 LDI.

²⁶ Art. 26 LDI.

²⁷ Figueroa Huencho, 2017.

²⁸ Ministerio de Desarrollo Social, 2018:37.

población no indígena solo alcanzaba al 19,9%.²⁹ La misma situación se da si se examina la cuestión por hogares (26,1% vs 16%).³⁰

II. Ley Lafkenche de 2008

La Ley N° 20.249 de 2008, es conocida como "Ley Lafkenche" porque su principal impulsor fue el movimiento mapuche-lafkenche.³¹ Sin perjuicio de ello, sus disposiciones son aplicables a todas las comunidades indígenas del país constituidas legalmente.³² La Ley establece un procedimiento para solicitar la creación de un Espacio Costero Marítimo, para la preservación de los usos y costumbres indígenas. Este puede ser solicitado por la o las comunidades indígenas que lo utilizan de alguna manera, y se otorga a través de un convenio de uso indefinido. Para ello, es necesario que CONADI verifique los usos y costumbres que se invocan para solicitarla, y no deben existir derechos constituidos por terceros en el área. El segmento de borde costero que se otorga está determinado "por la superficie necesaria para asegurar el ejercicio del uso consuetudinario realizado en él".³³

De acuerdo a las normas legales, el trámite no debería tardar mas de doce meses.³⁴ Sin embargo, según un estudio basado en información de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura y de la CONADI, el promedio, hacia 2017, el tiempo promedio que tardaba el procesamiento de una solicitud desde su ingreso hasta su destinación era de cuatro años y medio.³⁵ Incluso habrían solicitudes que habrían tardado más de ocho años.³⁶

Conforme a un informe BCN basado en datos obtenidos de la Subsecretaría de Pesca, en los diez primeros años de la Ley Lafkenche, solo se habían hecho 9 destinaciones de las 81 solicitudes en trámite. De estas, solo 2 contaban con plan general de administración, es decir, solo estas habían completado la tramitación.³⁷ De acuerdo a la información disponible en la página web de dicha repartición, hacia diciembre de 2019 existían 93 solicitudes en distintas etapas de la tramitación. Aunque no se habrían otorgado nuevas destinaciones a las ya señaladas, las 9 que se han otorgado tendrían su plan de administración aprobado.³⁸

III. El Convenio 169 de la OIT de 1989 ratificado en 2008

A partir de la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional comenzó a prestar atención a la cuestión indígena desde una perspectiva de derechos.³⁹ El primer hito relevante en esa materia fue la adopción en 1957 del Convenio 107 de la OIT.⁴⁰ Este tratado — que nunca fue ratificado por Chile y

²⁹ Ministerio de Desarrollo Social, 2018:122

³⁰ Se considera indígena al hogar cuyo jefe/a sea indígena (Ministerio de Desarrollo Social, 2018:141)

³¹ Araos y otros, 2020; BCN, 2018a.

³² Arts. 2.a y 5 Ley Lafkenche.

³³ Art. 4 Ley N° 20.429.

³⁴ BCN, 2018a.

³⁵ INDEX, Salmon, s.f

³⁶ AQUA, 2018.

³⁷ BCN, 2018a.

³⁸ Subsecretaría de pesca, 2019.

³⁹ Meza-Lopehandía, 2013

⁴⁰ La OIT ya había prestado atención a la cuestión indígena con anterioridad, por ejemplo en los Convenios 64 y

que aunque vigente en algunos países, actualmente no está abierto a ratificaciones — buscaba proteger y, al mismo tiempo, asimilar a las poblaciones indígenas a la sociedad nacional respectiva. Cuatro décadas después, la misma OIT adoptó el Convenio 169 de 1989, con el “fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”.⁴¹

En consonancia con lo anterior, el Convenio 169 reconoce a los indígenas como sujetos colectivos de derechos y les reconoce su derecho a conservar sus propias costumbres e instituciones. En este sentido, reconoce “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”, y consiguientemente les reconoce derechos territoriales, que incluyen tierras, territorios y recursos naturales.⁴² Asimismo, reconoce su derecho a participar tanto en la vida nacional como en la toma de decisiones que les afecten.⁴³ También reconoce la legitimidad de los sistemas propios de resolución de conflictos, aunque supeditados al derecho nacional;⁴⁴ y el derecho colectivo al control progresivo sobre la provisión de servicios sociales, en particular, la educación y la salud, entre otras cuestiones.⁴⁵

Aunque a primera vista podría parecer que, dada la “importancia esencial” de la relación con las tierras y territorios, los derechos territoriales serían el corazón del Convenio 169, la propia OIT ha señalado que su “piedra angular” es el derecho a la participación y consulta previa indígena.⁴⁶ Esto puede explicar que la implementación de este tratado en Chile se ha centrado casi exclusivamente en la cuestión de la consulta previa indígena.

En esta materia, el Convenio exige que el Estado consulte en forma previa a los pueblos indígenas a través de sus organizaciones representativas, cada que vez que prevea adoptar una medida legislativa o administrativa susceptible de afectarlos directamente. El alcance y forma de implementación de esta obligación en Chile ha sido largamente debatida.

En relación con los proyectos de ley, la discusión se ha centrado principalmente en los proyectos de alcance general que no contienen disposiciones específicas sobre indígenas, pero que podrían afectar elementos esenciales de la identidad indígena.⁴⁷ En materia de medidas administrativas, el principal debate se ha dado en torno a la procedencia de la consulta previa en el marco de la evaluación a las autorizaciones ambientales a proyectos de inversión, cuestión que se ha ventilado principalmente en los tribunales superiores.⁴⁸

IV. Estatuto especial de Isla de Pascua

65 de 1939 sobre los contratos de trabajo y sanciones penales a trabajadores indígenas respectivamente; el Convenio 86 de 1947 sobre contratos de trabajo para trabajadores indígenas; y el Convenio 104 de 1955 sobre la abolición de sanciones penales a trabajadores indígenas (OIT, s.f). Sin embargo, el Convenio 107 de 1957 fue el primero en abordar la cuestión en forma omnicompreensiva.

⁴¹ Preámbulo Convenio 169 OIT.

⁴² Arts. 13 al 19, especialmente 13 y 15.

⁴³ Arts. 2 y 4 al 8.

⁴⁴ Cfr. arts. 9-11

⁴⁵ Cfr. arts. 24-31.

⁴⁶ OIT, 2009.

⁴⁷ Un análisis de la práctica parlamentaria en la materia en BCN (2019d).

⁴⁸ Sobre el desarrollo jurisprudencial en la materia ver Meza-Lopehandía (2016) y Guerra (2018)

La Isla de Pascua se encuentra a unos 4.000 kilómetros de las costas chilenas. Fue anexada al territorio chileno en 1888 mediante el Acuerdo de Voluntades entre el Ariki Atamu Tekena y el Capitán de Corbeta Policarpo Toro.⁴⁹ Inicialmente la Isla fue explotada como una estancia ganadera, y los derechos de sus habitantes nativos fueron restringidos drásticamente. En 1917, tras un largo conflicto entre el Estado y la Compañía Explotadora de la isla, esta pasó a la dependencia de la Dirección del Territorio Marítimo de Valparaíso, quedando sometida a la autoridad naval.⁵⁰

Recién en 1966 se incorporó a la Isla al régimen administrativo civil, creándose el Departamento de Isla de Pascua, en la provincia de Valparaíso, y con ello se extendió en la práctica la ciudadanía a los habitantes de la Isla.⁵¹ Esta ley, aun vigente, tiene reglas procesales especiales y contempla atenuantes de responsabilidad penal respecto de la comisión de ciertos delitos cometidos por personas rapa nui en la Isla.⁵² Entre los delitos atenuados, están aquellos contra la autodeterminación sexual, lo que ha suscitado críticas desde el movimiento feminista y la reciente impugnación de su constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.⁵³

Esta singularidad histórica y geográfica, que la diferencia de los pueblos indígenas del continente, tiene su correlato jurídico, tanto en el ámbito nacional como internacional.

En efecto, Isla de Pascua —o Rapa Nui en lengua maori rapa nui— cuenta con un estatuto constitucional especial que le permite tener una forma de gobierno y administración especial, aunque la ley orgánica constitucional necesaria para ejecutarlo no ha sido adoptada hasta la fecha.⁵⁴ Además el texto constitucional admite la creación de un régimen de especial de residencia, permanencia y traslado, el cual fue establecido en la Ley N.º 21.070. Conforme a este, solo las personas reconocidas legalmente como rapa nui pueden ejercer su derecho a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el territorio especial de Isla de Pascua sin restricciones.⁵⁵

Por su parte, la LDI los considera como indígenas, y establece una serie de reglas especiales, las que incluyen una institucionalidad especial en materia de tierras y desarrollo con participación rapa nui (CODEIPA).⁵⁶ Además, como se señaló, a partir de 2018, administran en forma autónoma el Parque Nacional Rapa Nui, que ocupa casi la mitad del territorio de la Isla.

Desde el punto de vista del derecho internacional, el aislamiento geográfico y los rasgos culturales distintivos de su población podrían tener consecuencias para el régimen jurídico aplicable a su territorio. En efecto, la relación entre el Estado de Chile y la Isla parece haber estado atravesada en las últimas décadas por la posibilidad de que esta sea agregada a la lista de territorios no autónomos del Comité de Descolonización de Naciones Unidas, de conformidad a la resolución 1541 (XV) de 1960.⁵⁷ En este sentido, durante la discusión de la reforma constitucional de 2005, el entonces

⁴⁹ CVHNT, 2008:277.

⁵⁰ Ley N° 3.220 de 1917.

⁵¹ En particular, en tanto la Ley 16.441 de 1966 creó una oficina de Registro Electoral en el territorio insular.

⁵² Art. 13 Ley 16.441.

⁵³ Diario Constitucional, 2020; El Mostrador Braga, 2019; Jara, Jeréz y Bravo, 2020.

⁵⁴ Art 126 bis CPR.

⁵⁵ La regla general es que el resto de las personas, solo pueden permanecer hasta 30 días en la Isla (art. 5 Ley N° 20.060).

⁵⁶ Arts.66-71 LDI.

⁵⁷ Conforme a su principio IV, “Existe a primera vista la obligación de transmitir información respecto de un

senador y ex-Canciller don Gabriel Valdés, señaló que la mencionada creación del departamento de Isla de Pascua durante el Gobierno del Presidente Frei Montalva (1964-1970), habría sido una respuesta a la actividad de Francia para incorporar a la Isla a la lista de descolonización de Naciones Unidas.⁵⁸ También el senador Sergio Diez, señaló que mientras era funcionario de la dictadura, tuvo que negociar en diversas ocasiones con Francia para que el Comité de Descolonización sacara de su agenda el tema de la descolonización de Isla de Pascua.⁵⁹ La cuestión habría sido parte de las reivindicaciones *rapa nui* desde al menos los años 90 del siglo pasado.⁶⁰

IV. El pueblo tribal afrodescendiente chileno

En el caso chileno, la Ley N° 21.151 de 2019 otorgó reconocimiento legal al pueblo tribal *afrodescendiente* chileno, entendido como los chilenos que comparten una “misma cultura, historia, costumbre, unidos por la conciencia de identidad y discurso antropológico, descendientes de la trata trasatlántica de esclavos africanos traídos al actual territorio nacional entre los siglos XVI y XIX y que se autoidentifique como tal”.⁶¹

La ley reconoce ciertos elementos culturales del pueblo *afrochileno* como parte del patrimonio inmaterial del país; ordena la inclusión de una unidad programática en el sistema nacional de educación para visibilizar la historia, lenguaje y cultura *afrodescendiente* chileno; reafirma la aplicabilidad del derecho a la consulta previa indígena contemplado en el Convenio 169 de la OIT; y ordena incluirlos en los censos nacionales.⁶²

Cabe tener presente que conforme al Convenio 169 de la OIT, el estatuto internacional aplicable a los pueblos indígenas es igualmente aplicable a los pueblos tribales. Así lo establece explícitamente dicho instrumento:

1. El presente Convenio se aplica:

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;

Así, más allá del alcance de las disposiciones de la Ley N° 21.151, desde el punto de vista del derecho internacional, el Convenio 169 aplicaría íntegramente al pueblo tribal *afrochileno*, y no sólo sus normas relativas a consulta previa indígena.

territorio que está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales” (AGNU, 1960)

⁵⁸ BCN, 2019e:877.

⁵⁹ BCN, 2019e:54.

⁶⁰ Gómez, 2010.

⁶¹ Art. 2 Ley N° 21.151 de 2019.

⁶² Arts. 3, 4, 5 y 6 Ley N° 21.151 de 2019 respectivamente.

V. Pueblos indígenas no reconocidos legalmente

El Convenio 169 de la OIT se aplica a los descendientes de las poblaciones que habitaban el país antes de la conquista o el establecimiento de las actuales fronteras, que mantengan al menos parte de sus “sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas” y se identifiquen así mismos como indígenas. En este sentido, el reconocimiento legal no es un requisito para que los pueblos indígenas sean considerados como tales en el derecho internacional. En efecto, el propio Convenio lo explicita: es aplicable a dichos grupos humanos “cualquiera sea su situación jurídica”.⁶³

Por su parte, la LDI enuncia las “principales etnias indígenas de Chile”, redacción que parece dejar abierta la lista consagrada. En efecto, los elementos que determinan el carácter indígena de un grupo de acuerdo a la LDI, siguen de cerca lo establecido en el Convenio: (i) descendencia de grupos humanos precolombinos; (ii) conservación de manifestaciones étnicas y culturales propias; y (iii) relación identitaria con la tierra.⁶⁴ Además, el texto de la LDI hace referencia a “las etnias” y no a “las etnias reconocidas en esta ley”, lo que parece reforzar el carácter declarativo de la enumeración del artículo 1. La misma apertura muestran las normas para la acreditación de la calidad indígena de una persona.⁶⁵

Sin embargo, en la práctica, el reconocimiento legal parece ser necesario para acceder al tratamiento legal que corresponde a los pueblos indígenas en Chile. De hecho, en la década pasada, los diaguitas transitaron este camino, logrando que se incorporara al pueblo diaguita a la LDI mediante la Ley 20.117 de 2006.

Actualmente hay dos proyectos en tramitación para el reconocimiento de la etnicidad de grupos humanos que se auto identifican como indígenas: los changos y los selk'nam.

Los primeros reivindican la continuidad y persistencia de formas de vida costeras anteriores a la república, lo que parece estar respaldado por los estudios antropológicos contemporáneos sobre parentesco, actividades mineras, de genética de poblaciones, pesca y caza, uso de plantas medicinas y cosmovisionales de raigambre andina.⁶⁶ El proyecto de ley, ingresado en 2017, se encuentra actualmente en tercer trámite constitucional.⁶⁷

Por su parte, los selk'nam se auto identifican como descendientes de los sobrevivientes de lo que la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato calificó como “un verdadero genocidio” de los selk'nam.⁶⁸ Ellos invocan elementos biológicos, experiencias vitales compartidas y la persistencia habitando un mismo territorio histórico para avalar su reivindicación.⁶⁹ Actualmente el proyecto, ingresado en 2019 se encuentra en segundo trámite constitucional ante el Senado.⁷⁰

⁶³ Art. 1 Convenio 169 de la OIT.

⁶⁴ Art. 1 LDI. La conexión especial de los indígenas con la tierra no es un elemento de etnicidad en el Convenio, pero sí es objeto de protección, como se ha visto más arriba.

⁶⁵ BCN, 2020.

⁶⁶ BCN, 2018b.

⁶⁷ Boletín N° 11.188-17 y 11.335-17 refundidos.

⁶⁸ CVHNT, 2008:532.

⁶⁹ BCN, 2020.

⁷⁰ Boletín N° 12.862-17.

Finalmente, cabe tener presente que los últimos meses se han presentado dos proyectos de ley con el objeto de incorporar al pueblo huilliche en la LDI como una de las principales etnias de Chile, sin perjuicio que actualmente esta los reconoce como la etnia mapuche huilliche, al igual que su “sistema tradicional de cacicados [sic] y su ámbito territorial”.⁷¹

⁷¹ Art. 60 y 61 LDI. Los proyectos están en los boletines N° 12.406-17 de 2019 y N° 13.620-06 de 2020.

Bibliografía

- AGNU. (1960). Resolución 1541 (XV). Anexo: Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del artículo 78 de la Carta. 948A sesión plenario, 15 de diciembre de 1969. Disponible en: <http://bcn.cl/2ewpq> (julio de 2020).
- AQUA. (2018). Lafkenches exigen no cambiar ley que creó los ECMPOs. 16/05/2018. Disponible en: <http://bcn.cl/257tz> (julio, 2020)
- Araos, Francisco, Emilia Catalán, Ricardo Álvarez, David Núñez, Francisco Brañas y Wladimir Riquelme. (2020). Espacios Costeros Marinos para Pueblos Originarios: usos consuetudinarios y conservación marina. Anuario Antropológico, 1:47-68. Disponible en: <http://bcn.cl/2eqmm> (julio, 2020).
- Aylwin, José. (2002). Política [sic] públicas y pueblos indígenas: el caso de la política [sic] de tierras del estado chileno y el pueblo mapuche. Documento base para la discusión en el marco del proyecto Desarrollo Comunitario Autosostenible en una Perspectiva Comparada. Austin: Universidad de Texas y Fundación Ford. [pdf]. Disponible en: <http://bcn.cl/2973x> (julio , 2020).
- (2005). Implementación de legislación y jurisprudencia nacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas: la experiencia de Chile. En Seminario de Expertos de la ONU sobre Implementación de Legislación y Jurisprudencia a Nivel Nacional relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas, Tucson, Arizona, 12-14 octubre de 2005. Disponible en: <http://bcn.cl/297ee> (julio , 2020).
- BCN. (2016). Consulta previa indígena en Chile: marco jurídico e implementación. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2cpcf> (julio , 2020).
- (2018a). La Ley Lafkenche. Análisis y perspectivas a 10 años de su entrada en vigor. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2cpqr> (julio , 2020).
- (2018b). Reconocimiento del pueblo chango. Alcances legales del proyecto de ley. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2cqgl> (julio , 2020).
- (2019a). Comisiones presidenciales sobre la cuestión mapuche. Desde 1990 hasta 2018. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2apra> (julio , 2020).
- (2019b). Estatuto jurídico de las tierras mapuche en Chile. Análisis legal. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2ce4i> (julio , 2020).
- (2019c). Principales demandas mapuche como reivindicaciones de derechos humanos. Derechos Políticos, Económicos, Sociales y Culturales. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2coym> (julio , 2020).
- (2019d). Consulta previa indígena y el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: (julio, 2020).

- (2019e). Historia de la Ley N° 20.050. Reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la constitucion politica de la Republica [sic]. Disponible en: <http://bcn.cl/2ewpy> (25/06/20).
 - (2020). Reconocimiento del pueblo selk'nam. Antecedentes y análisis de los alcances legales del proyecto de ley. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2etix> (julio , 2020).
- Bello, Álvaro. (2004). Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas. Santiago: CEPAL/GTZ.
- Bengoa, José. (1990). *Breve historia de la legislación indígena en Chile*. Comisión Especial de Pueblos Indígenas.
- (2000). La emergencia indígena en América Latina. México: FCE.
 - (2009). ¿Una segunda etapa de la Emergencia Indígena en América Latina? Cuadernos de Antropología Social N° 29, pp. 7–22.
 - (2017). Prefacio de José Bengoa. En Mylène Valenzuela y Sergio Oliva. (2018). *Recopilación de legislación indígena 1813-2017*. Tomo I. Santiago: Librotecnia, pp. 7-20.
- CEP. (2006). Los mapuche rurales y urbanos hoy. Datos de una encuesta 2006. [pdf]. Disponible en: <http://bcn.cl/2epo8> (julio, 2020).
- (2016). Los mapuche rurales y urbanos hoy. Marzo - Mayo 2016. [pdf]. Disponible en: <http://bcn.cl/2epoc> (julio, 2020).
- CONADI. (2017). Carta N° 748. ANT. Solicitud [de transparencia] ID AI002T0002954. [archivo del autor].
- CVHNT. (2008). Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas. Disponible en: <http://bcn.cl/28mt0> (julio, 2020)
- Diario Constitucional. (2020). Pretenden inaplicabilidad de norma que permitiría sancionar penalmente con penas inferiores a personas naturales de Rapa Nui que cometan un delito en ese lugar, en juicio por el presunto delito de violación de una mujer. 13/06/2020. Disponible en: <http://bcn.cl/2etgk> (julio, 2020).
- Donoso, Sebastián. 2017. Compra de predios en conflicto. Análisis crítico y una propuesta. En Isabel Aninat, Verónica Figueroa y Ricardo González (Eds.). *El pueblo mapuche en el siglo XXI. Propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*. Santiago: Centro de Estudios Públicos: 293 – 342.
- El Mostrador Braga. (2019). Mujeres en Rapa Nui se manifiestan para modificar la “Ley Pascua”. *El Mostrador*, 26/12/2019. Disponible en: <http://bcn.cl/2etge> (julio, 2020).

- Figueroa Huencho, Verónica. 2017. Los pueblos indígenas y derechos: una discusión a la luz de las políticas públicas desde el caso chileno. *Revista Anales*, VII (13): 99-114. Disponible en: <http://bcn.cl/2eq3s> (julio, 2020).
- Gómez, Rodrigo. (2010). A Basis for a Judicial Decolonisation of Rapanui. *eJournal of the Australian Association for the Advancement of Pacific Studies*. Disponible en: <http://bcn.cl/2ey8c> (julio, 2020)
- Guerra-Schleef, Felipe. (2017). Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile. *Revista Justicia Ambiental*, 9:19-38.
- INDH. (2010). Informe Anual 2010: Situación de los Derechos Humanos en Chile. 01/12/2017. Disponible en: <http://bcn.cl/2cpch> (julio, 2020).
- (2014). Informe Anual 2014: Situación de los Derechos Humanos en Chile. 01/12/2017. Disponible en: <http://bcn.cl/2ep8q> (julio, 2020).
- INE. (2018). Síntesis resultados Censo 2017. Disponible en: <http://bcn.cl/28zeu> (julio, 2020).
- INDEX Salmón. (s.f.). Informe de resultados Análisis relativo a la situación actual sobre solicitudes de Espacios Costeros Marinos para Pueblos Originarios (ECMPO), vinculado a las Asociaciones y Comunidades Indígenas reclamantes. [pdf]. Archivo del autor.
- Jara, Álvaro. (1956). *Legislación Indigenista de Chile*. México: Instituto Indigenista Interamericano.
- Jara, Carlos, Christopher Jerés y Diego Bravo. “Ley Pascua”: Voces feministas critican beneficio para violadores en Rapa Nui. *El Desconcierto*. 12/02/20. Disponible en: <http://bcn.cl/2etgm> (julio, 2020).
- Irigoyen, Raquel. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En César Roldríguez Garavito (coord). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Bueno Aires: Siglo Veintiuno Editores, pp. 139-159.
- Meza-Lopehandía, Matías. (2013). El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas. En José Aylwin, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom, pp. 441-521.
- 2016. La jurisprudencia del multiculturalismo en Chile: la consulta previa indígena ante tribunales. *Revista de Ciencias Sociales (Valparaíso)*, 69: pp. 13-52.
- (2018). Frustrated Multiculturalism. (Neo)liberalism and the Mapuche People. En Pablo Marshall (ed). *Citizenship and Disadvantaged Groups in Chile*. Lanham: Lexington Books.
- Ministerio de Desarrollo Social. (2018). Situación de pobreza. Síntesis de resultados. Disponible en: <http://bcn.cl/2c0kw> (julio, 2020).
- Molina, Raúl. (2018). Control territorial indígena y gestión turística de áreas silvestres protegidas: experiencia atacameña y rapa nui, Chile. *Polígonos. Revista de Geografía*. 30:281-303.

- OIT. (s.f.) . Ratificaciones por convenio. [html] Disponible en: <http://bcn.cl/2esbd> (julio, 2020).
- (2009). Observación General (CEACR) - Adopción: 2008, Publicación: 988 a reunión CIT (2009). Disponible en: <http://bcn.cl/2eqrc> (julio, 2020).
- Subpesca. (2019). Espacios Costeros Marinos Pueblos Originarios (ECMPO). Aspectos generales. [archivo .xls disponible en la web, actualizado a diciembre de 2019]. Disponible en: <http://bcn.cl/2cpri> (julio, 2020).
- Valenzuela, Mylène. (2018). Prefacio de Mylène Valenzuela Reyes. En Mylène Valenzuela y Sergio Oliva. (2018). *Recopilación de legislación indígena 1813-2017*. Tomo I. Segunda edición. Santiago: Librotecnia, pp. 21-26.
- Vergara, Jorge, Rolf Foerster y Hans Gundermann. (2004). Más acá de la legalidad. La CONADI, la ley indígena y el pueblo mapuche (1989-2004). *Polis. Revista Latinoamericana*, (8). Disponible en: <http://bcn.cl/2ckyr> (julio, 2020).
- (2005). Instituciones mediadoras, legislación y movimiento indígena de Dasin a Conadi (1953-1994). *Atenea*. 491(1):77-85.
- Yáñez, Nancy. (2017). Políticas Públicas y su influencia en el reconocimiento y ejercicio de una ciudadanía plena e intercultural dal pueblo mapuche en Chile. *Anales de la Universidad de Chile*, 13: 221-239.
- Zaror, Yasmin y Juan P. Lepín. (2016). La Política de Entrega de Tierras: Análisis y Desafíos de cara a un Nuevo Paradigma de la Política Indígena. Serie informe sociedad y política - Libertad y Desarrollo, 152, 1-23. Disponible en: <http://bcn.cl/2ep8p> (julio, 2020).

Anexo

De acuerdo con el Censo 2017, la población de Chile que se identificó como perteneciente a un pueblo indígena corresponde al 12,8%, equivalente a 2.185.792 personas. El 95,6 % de estos se identificó con uno de los 9 pueblos reconocidos oficialmente por el Estado, mientras el 1,3% se identificó con la categoría "otro" y el 3,1% declaró "Pueblo ignorado".⁷²

En términos demográficos, el pueblo mapuche es el más relevante, concentrando el 79,8% de la población indígena del país, seguido por el pueblo aimara (7,7%) y el pueblo diaguita (4,1%).⁷³

La Tabla N° 1 detalla la cantidad de personas que se identificaron como pertenecientes a un pueblo indígena en el censo 2017 y el porcentaje que representan en la población indígena del país.

Tabla N° 1. Población que se considera perteneciente a un pueblo indígena u originario según pueblo

Pueblo	Casos	Porcentaje (%)
Mapuche	1.745.147	79,8
Aymara	156.754	7,2
Rapa Nui	9.399	0,4
Lican Antai	30.369	1,4
Quechua	33.868	1,5
Colla	20.744	0,9
Diaguita	88.474	4,1
Kawésqar	3.448	0,1
Yagán o Yámana	1.600	0,1
Otro	28.115	1,3
Pueblo ignorado	67.874	3,1
TOTAL	2.185.792	100,0

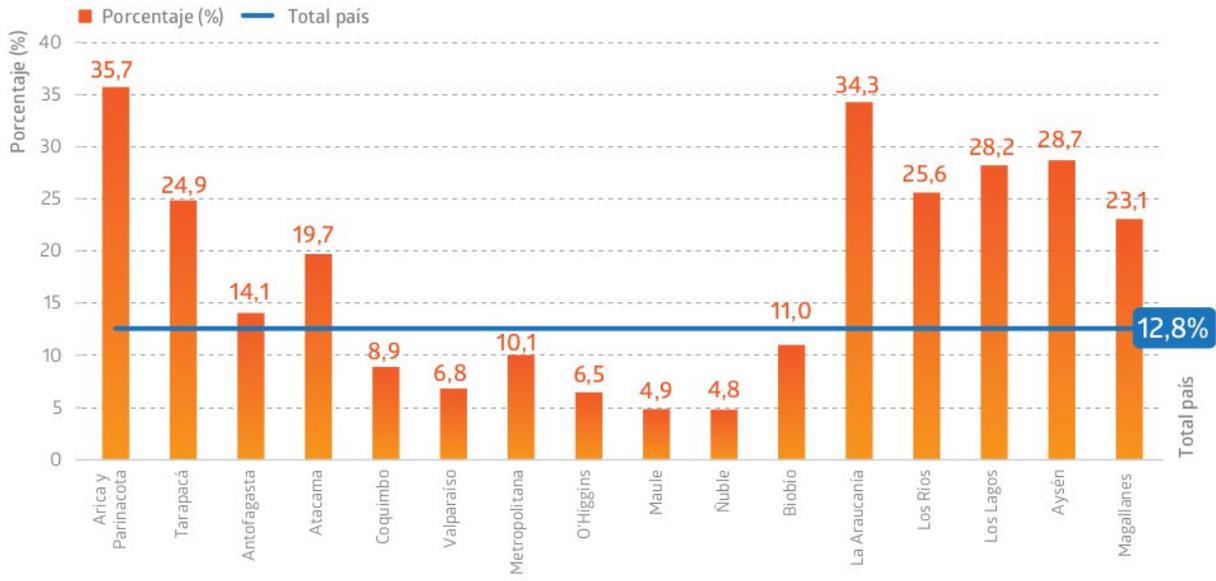
Fuente: INE, 2018

La tabla N° 2 ilustra el porcentaje de la población que se consideró perteneciente a un pueblo indígena en el censo 2017, excluyendo del total a aquellos que no respondieron esa pregunta. Las columnas del gráfico representan el porcentaje que representan por región, y la línea horizontal define el porcentaje a nivel nacional.

Tabla N° 2. Porcentaje de la población indígena por región

⁷² INE, 2018.

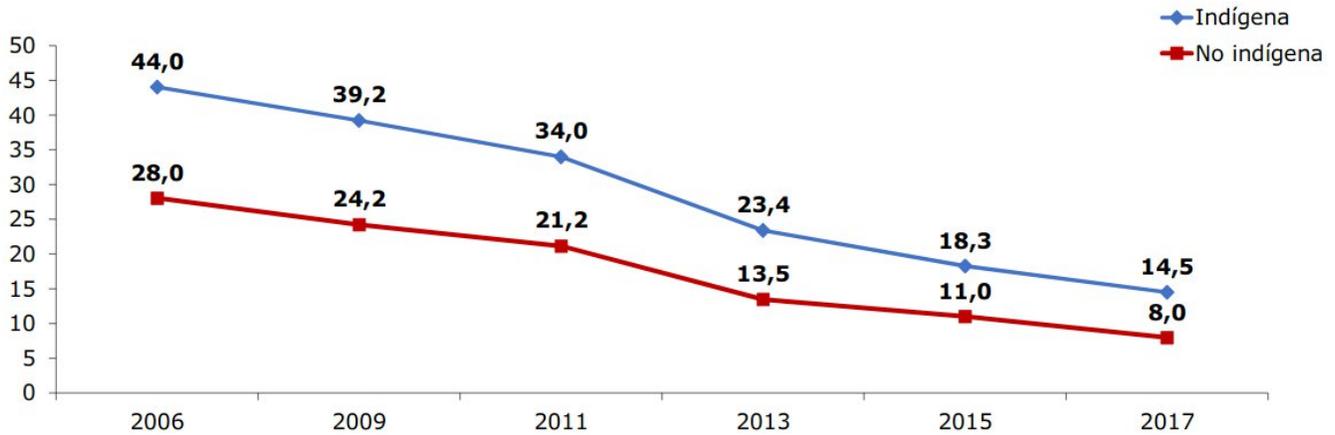
⁷³ INE, 2018.



Fuente: INE, 2018

La tabla N° 3 ilustra la Incidencia de la pobreza en la población por pertenencia a pueblos indígenas, 2006-2017.

Tabla N° 3. Incidencia de la pobreza en la población indígena 2006-2017 (porcentaje, personas por pertenencia a pueblos indígenas)



* Al 95% de confianza, las diferencias entre años SON estadísticamente significativas para indígenas y no indígenas en todos los periodos, incluyendo 2015-2017, y, cada año considerado, entre indígenas y no indígenas.*** Se excluye servicio doméstico puertas adentro y su núcleo familiar.

Fuente: Ministerio de Desarrollo Social, 2018

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)