



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Facultad de Derecho

Escuela de Derecho

**POLÍTICAS PÚBLICAS INDÍGENAS: ROL DE LA CONADI EN LA PROTECCIÓN
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

MEMORISTA: Gabriela Reyes Pacheco

PROFESOR GUÍA: Jorge Bermúdez Soto

VALPARAÍSO, AGOSTO DE 2016

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO PRIMERO: PUEBLOS INDÍGENAS.....	5
I. PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	5
1. Concepto de Pueblos Indígenas en el derecho internacional.....	5
2. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	7
3. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	10
4. Conclusión	11
II. PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO NACIONAL	11
CAPITULO SEGUNDO: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS	
PUEBLOS INDÍGENAS.....	13
I. ANTECEDENTES	13
II. CORPORACIÓN NACIONAL DE DESARROLLO INDÍGENA	14
1. Naturaleza y patrimonio de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.....	14
2. Organización de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena	15
3. Funciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena vinculadas a la	
protección de derechos políticos y culturales.....	17
4. Funciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena vinculadas a la	
protección de tierras indígenas.....	19
5. Funciones de la Corporación vinculadas al espacio costero marino de pueblos	
originarios.....	25
III. MINISTERIO DE PUEBLOS INDÍGENAS.....	27
1. Antecedentes	27
2. Naturaleza, funciones y atribuciones del Ministerio de Pueblos Indígenas.....	28
CONCLUSIÓN	30
BIBLIOGRAFÍA.....	33

INTRODUCCIÓN

Chile es un país reconocido por su geografía particular y variada; al ser tan extenso abarca una gran cantidad de paisajes, climas, flora y fauna. La diversidad que lo caracteriza no limita a estos aspectos, sino que se extiende a uno que es igual o más importante: la demografía, entendida como la población humana en una región o un país determinado.

La multiculturalidad es 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”¹. Con el paso del tiempo y producto de la globalización, este fenómeno se hizo más evidente llegando a constituirse como una ideología o modelo de organización social que aboga por la convivencia armoniosa de todos los grupos y personas respetando y manteniendo sus diferencias culturales y características propias. Sin embargo, a los sujetos a los cuales se les aplica o que se entienden dentro de él varía según la perspectiva geográfica en la que uno se sitúe. Por ejemplo, en Estados Unidos y Europa, se predica el multiculturalismo respecto al reconocimiento e integración de los inmigrantes a la sociedad mayoritaria y nacional de esos Estados. En cambio en América Latina, la mayoría de sus países vinculan dicho término a la problemática indígena.

Existen al menos cuatro fenómenos o grupos que permiten afirmar que un país es multicultural en la actualidad: los pueblos indígenas, el feminismo e igualdad de derechos sexuales, la inmigración y las personas con capacidades distintas —o mal llamados discapacitados—. Los pueblos indígenas se insertan en un fenómeno llamado pluralismo nacional referido a “la presencia, en una misma democracia, de distintos grupos territorialmente concentrados y que comparten rasgos, ya sea étnicos o lingüísticos que los autoidentifican”² y que antes de ser incorporados al Estado, de forma involuntaria, constituían sociedades completas.

En el primer capítulo de este trabajo, se exponen las dificultades que aún persisten respecto al término utilizado para referirse a los indígenas. En la época colonial se les llamó “indios” y dicha denominación se mantuvo hasta no hace mucho en Latinoamérica. Por ejemplo, Argentina recién el año 1994 modificó su texto constitucional que ordenaba en el artículo 67° “conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. Hoy los términos que se utilizan para aludir a ellos, tales como “indígenas”, “originarios” o “aborígenes”, en nuestro continente adquieren su sentido en referencia al poder que se originó en el siglo XVII, que se mantuvo en los siglos siguientes y que lamentablemente aún persiste en la actualidad. Es con la llegada del Estado moderno que se origina el “problema indígena”, pues en el pensamiento de esa época mientras los “negros” eran vistos como sirvientes, los “indios” eran considerados razas inferiores y, a diferencia de los primeros, no era una situación que se pudiese cambiar. No bastaba con quitarlos de la mano de obra o las formas no salariales de división del trabajo para hacerlos iguales a los demás. La calidad de indio o indígena era —y sigue siendo al menos si proviene de vínculos

¹ CORTINA, Adela, *Ciudadanos del Mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, (Barcelona, 1997), p. 171, cit. por ROJAS, Hugo, *El principio de la multiculturalidad*, (Valparaíso, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2001), p. 31.

² MONTECINOS, Egon. *Democracia y Multiculturalismo: ¿son compatibles los derechos de las minorías con los principios orientadores de la democracia liberal?*, en *Alpha 20* (2014), p. 201-212.

sanguíneos y con independencia de su reconocimiento estatal— irreversible³. A pesar del transcurso del tiempo, el cambio de mentalidad y contexto social, los pueblos indígenas siguen siendo uno de los grupos minoritarios de la sociedad más pobre, excluidos y discriminados, es por eso que la comunidad internacional ha creado distintos mecanismos jurídicos para su protección, los cuales solo pueden lograr su función si se tiene certeza acerca de los sujetos a los cuales se les aplican: he ahí la importancia de su calificación.

El primer capítulo de este trabajo se refiere a la concepción actual de los pueblos indígenas en el derecho internacional y el progreso desde una asimilación cultural a una perspectiva que fomenta la coexistencia con la sociedad no indígena o “civil” a través de instrumentos jurídicos. También se alude a la regulación nacional indígena, los retrasos y falencias que se encuentran en el ordenamiento jurídico, pues a diferencia de otros países de Latinoamérica —y a pesar de que constituya aproximadamente el 10% de su población— Chile no ha reconocido en la Constitución que es un Estado multicultural y tampoco la existencia y presencia de los pueblos indígenas en su territorio.

Como se verá más adelante, a pesar de la tardía aprobación y ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile, hoy se encuentra vigente y por tanto el Estado tiene el deber de adecuar su legislación interna en concordancia con los preceptos y contenidos de dicho instrumento. Vinculado a lo anterior, en el segundo capítulo denominado “Políticas Públicas para la protección de los Pueblos Indígenas”, se profundiza acerca de los antecedentes que se tienen en cuenta para adoptar tales medidas. Se alude a la Ley N°19.253, precepto en materia indígena más importante, en cuanto les atribuye derechos materiales o sustantivos y crea el órgano administrativo encargado de velar por su reconocimiento y protección, y de ejecutar las políticas públicas pertinentes denominado Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Se indagan sus funciones más importantes destacando aquellas vinculadas a la protección de las tierras indígenas y del espacio costero marino.

Al final del mismo capítulo se analiza el proyecto de ley que reforma toda la normativa indígena actualmente vigente, pues crea el Ministerio de Pueblos Indígenas y sustituye la Corporación por el Servicio Nacional Indígena. Si bien, es solo un proyecto y no una ley vigente, se estima pertinente su análisis por ser una de las mayores pretensiones del Estado para respetar, concordar y armonizar la legislación nacional con los convenios internacionales que nuestro país ha suscrito y ratificado en materia indígena.

³ QUIJANO, Aníbal, *Movimiento indígena y las cuestiones pendientes en América Latina*, (Chiloé, CESCH), p. 4.

CAPÍTULO PRIMERO: PUEBLOS INDÍGENAS

I. PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. Concepto de Pueblos Indígenas en el derecho internacional

Esbozar una definición de indígenas no es fácil, por el contrario, constituye una labor compleja y dificultosa para las organizaciones internacionales; sin lograr esta importante respuesta los principales actores en la problemática indígena, esto es, cada uno de los Estados que aceptaron y ratificaron los tratados internacionales pertinentes, no podrán poner en práctica las políticas adoptadas y no podrán proteger los derechos de los indígenas individualmente considerados o vistos como una agrupación, comunidad o pueblo. Para iniciar una exposición clara y sistemática de estos sujetos, lo primero que se debe señalar es que hay una gran cantidad de términos y significados distintos respecto de ellos, lo que produce cierta dificultad para reconocerlos con tan solo una denominación. Al no haber consenso acerca de una definición propiamente tal, es necesario identificar los elementos o rasgos más importantes que los caracterizan. Así nos encontramos con el primer problema: la indeterminación en el término o concepto que englobe todo lo que coloquialmente entendemos por indígenas. Un segundo problema —y que dificulta más la regulación que debería haber respecto a estos sujetos de derecho— es si considerarlos pueblos con derecho a la autodeterminación o simplemente poblaciones sin el derecho antes mencionado⁴.

Un acercamiento para resolver el primer problema planteado es hacer uso del sentido común y recurrir a la RAE que define a los indígenas como “originarios del país que trata”, sin embargo este concepto es muy amplio, escueto, y no podría de manera alguna englobar todas las características que definen y componen lo que se entiende por indígena. Como señala Michael R. Dove, profesor de la Universidad de Yale, “mientras que las connotaciones del uso popular del término indígena se enfocan en lo nativo, la definición formal internacional se enfoca más en la continuidad histórica, distinción, marginalización, identidad propia, y autogobierno”⁵. Sumado a los elementos anteriores, también se puede recurrir el vínculo de comunidad entre los miembros de cada pueblo indígena —el cual está fuertemente arraigado y sustentando en la tierra en ellos se desarrollan cultural, social y políticamente— y al lenguaje particular que cada asociación.

⁴ “[La autodeterminación] significa que los pueblos tienen el derecho de participar con igualdad en la constitución y desarrollo del orden institucional gobernante bajo el que viven y, además, de que ese orden de gobierno sea uno en el que puedan vivir y desarrollarse libremente de manera continuada”. ANAYA, James, *El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración*, en CHARTERS Claire y STAVENHAGEN Rodolfo (eds.), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, (Copenhague, IWGIA, 2010), p. 195.

⁵ “Whereas the connotations of popular use of the term indigenous focus on nativeness, formal international definitions focus more on historic continuity, distinctiveness, marginalization, self-identity, and self-governance”. DOVE, Michael, *Indigenous People and Environmental Politics* en *Annual Review of Anthropology* 35 (2006), p. 191, disponible en: <<http://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.anthro.35.081705.123235>>, consultado el 23 de agosto de 2016.

Una de las conceptualizaciones más destacadas es la del Convenio de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que en su artículo 1° señala que sus normas se aplican 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 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 ellas”⁶.

Esta es una de las calificaciones que tiene mayor aceptación a nivel internacional, porque engloba una gran cantidad de rasgos esenciales de los indígenas. Sin embargo, ésta regulación y toda la que les atañe es reciente; en un principio se marginó a los pueblos originarios de la regulación del derecho internacional dejando este importante tema a la soberanía y legislación interna de cada Estado. Consecuencia de lo anterior, fue que pocos o ninguno de ellos regularon de forma clara y consciente los hechos de discriminación y extinción que se estaban percibiendo en la realidad. Con el paso del tiempo se hizo evidente que la obligación de llevar a cabo políticas públicas que protegieran a los pueblos indígenas que se encontraban dentro de un determinado Estado —teniendo en consideración su particular cultura, valores, principios y representación— no se había llevado a cabo y que, por lo anterior, se habían convertido en uno de los grupos de la población más afectados por los procesos sociales, históricos y discriminatorios que hasta el día de hoy les afectan. El resultado de estos fenómenos ha implicado, entre otras consecuencias, el despojo de sus territorios, sus costumbres, sus trabajos, ocasionando un alto nivel de pobreza y un progresivo aumento en la pérdida de identidad cultural. Para solucionar estos problemas y contrarrestar sus efectos, distintos organismos y Estados estuvieron de acuerdo en crear instrumentos internacionales obligatorios en la temática indígena.

Uno de los primeros y más importantes acuerdos internacionales en esta materia es el Convenio 107 de la OIT aprobado el 26 de junio de 1957, relativo a la “Protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes”. Russel Barsh en un artículo publicado en la revista *American Journal of International Law* se refiere a este acuerdo señalando que “el problema con los habitantes indígenas puede ser visto como discriminación o asimilación, es decir, la falta de igualdad o igualdad forzada con los habitantes del Estado administrativo. La OIT tomó la primera revisión en el Convenio N° 107 y alentó a los Estados a remover todos los obstáculos institucionales para completar la integración de las comunidades indígenas”⁷. Si bien la OIT

⁶ RAVEST, Maximiliano, *El reconocimiento de los pueblos indígenas en los textos constitucionales. Breve análisis del derecho comparado*, en *Revista Derechos y Humanidades* 17 (2011), pp. 91-118.

⁷ “The problem of indigenous populations can be viewed as either discrimination or assimilation, i.e., as lack of equality or forced equality with population of the administering state. The ILO took the first view in Convention No. 107 and encouraged states to remove all institutional obstacles to the complete integration of

dice relación con la Organización Internacional del Trabajo, fue precisamente el ente que en el siglo XX destacó la importancia de reconocer la dignidad de los trabajadores indígenas en sus relaciones y condiciones laborales, menoscabada por la discriminación que les aquejaba y que se extendía a más ámbitos como el civil, cultural, salud, etc.

Vinculado a lo anterior, surge la necesidad de volver al segundo problema relativo a la disyuntiva de si considerarlos un pueblo o una población. El primer término se puede entender en dos sentidos: en uno político como los ciudadanos que conforman un país que ejerce su autodeterminación a través de la democracia y que se identifica con el Estado, o en un sentido sociológico como el “conjunto de rasgos que caracterizan a un conglomerado humano en términos territoriales, históricos, culturales, étnicos y le dan sentido de identidad que puede expresarse a través de ideologías nacionalistas o étnicas”⁸. Por su parte, el término población —o poblaciones— se refiere al “conjunto de personas que de modo permanente habitan el territorio del Estado y están en general unidas a éste por vínculo de la nacionalidad”⁹, el cual no es el más apropiado para aludir a los pueblos indígenas, ya que es un concepto que incluye a una diversidad de pueblos sin considerar las particularidades de cada uno y que no da cuenta de la heterogeneidad culturas, étnica y lingüística de ellos¹⁰.

El Convenio 107 de la OIT solo reconocía a los indígenas como una población que carecía del derecho a la autodeterminación y cuya normativa no constituía una herramienta fuerte para su protección. En consecuencia, se produjeron dos nuevos y distintos problemas: el primero fue que, si bien se creó un instrumento internacional para proteger a los pueblos indígenas, éste fue meramente declarativo, porque solo recomendaba a los Estados llevar a cabo ciertas políticas que debían ser legisladas y aplicadas del modo en que cada uno de ellos lo estimara conveniente. El segundo problema fue que solo reconoció a las comunidades indígenas como poblaciones sin hacerlas titulares de derechos colectivos, quedando en evidencia su carácter integracionista y de asimilación, y cierta indiferencia a los valores, costumbres y tradiciones que los caracterizan. La OIT tiempo después lo declaró obsoleto y destructivo¹¹, reemplazándolo por el Convenio 169.

2. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

En el punto anterior, se mencionó la importancia de la OIT por ser la fuente pionera respecto a la regulación y protección de los pueblos indígenas, por lo que es necesario hacer una breve acotación sobre esta entidad. La Organización Internacional del Trabajo (o

indigenous communities”. BARSH, Russel, *Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law* en *American Journal of International Law* 80, (1986), 2, p. 377.

⁸ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los Derechos Indígenas: algunos problemas conceptuales*, en *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 3 (1995), pp. 109-128, cit. por ARTEAGA, Andrés, *Los Derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento internacional: La Declaración de las Naciones Unidas* (Concepción, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2007), p. 46.

⁹ DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, (Madrid, Editorial Tecnos, 1997), p. 219.

¹⁰ FOITZICK, Macarena, *Convenio N°169, su proceso de aprobación legislativa en Chile y pronunciamiento del Tribunal Constitucional* (Santiago, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2004), p. 4, cit. por ARTEAGA, Andrés (n.8), p. 53.

¹¹ LÓPEZ DE MATURANA CASTILLO, Andrea; ROGERS, Sebastián, *El Convenio 169 de la OIT y la consulta indígena* (Santiago de Chile, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2013), p. 17.

Internacional Labour Organization) es una agencia tripartita compuesta por representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores, que busca la cooperación de todos ellos en la promoción del progreso social y económico. Su objetivo principal y específico es “responder a las necesidades de los hombres y mujeres trabajadores al reunir a gobiernos, empleadores y trabajadores para establecer normas del trabajo, desarrollar políticas y concebir programas”¹².

La vinculación entre esta Organización y el tema indígena se dio en el año 1921 al realizar un estudio sobre la condición de estos trabajadores. Luego, en 1926 la OIT conformó una Comisión de Expertos que propuso una normativa que tenía como principal función la protección de los indígenas frente al poder estatal y los demás grupos de la sociedad, además del reconocimiento de sus derechos más importantes. El resultado de lo anterior fue el Convenio 107 en el año 1945 y, posteriormente, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1989, ratificado por Chile el 2008 y vigente desde el 2009.

En nuestro país esta ratificación no estuvo exenta de problemas; el camino para la creación de normas jurídicas que protejan a los pueblos indígenas es arduo, largo y extenso, y por ahora solo basta señalar que el Convenio 169 de la OIT ingresó al Congreso Nacional en 1990 y se demoró casi veinte años en ser aprobado¹³. La palabra “pueblos” siempre ha sido la muralla que paraliza estas iniciativas porque, en concepto de algunos, amenaza la soberanía y unidad del Pueblo y Estado Chileno, contradiciendo al artículo 3 y 5 de la Constitución y el Principio de igualdad. Sin embargo, el mismo Convenio 169 en su artículo 1.3 restringe la interpretación de aquél término para que no tenga el mismo alcance jurídico que se le da en el derecho internacional¹⁴. Del mismo modo lo declaró el Tribunal Constitucional en la sentencia rol 309 del año 2000, cuando ciertos diputados al discutir la aprobación del Convenio sometieron el asunto a su conocimiento para que resolviera la constitucionalidad del Tratado. El TC en su fallo señaló: “que todo lo expuesto y, especialmente los propios términos de la Convención N° 169 cuestionada, es suficiente para que este Tribunal llegue a la íntima convicción que la expresión ‘Pueblos Indígenas’, debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado”¹⁵.

La interpretación del Tribunal fue “armónica con nuestra Carta Fundamental, ya que le dio un significado que permite dar eficacia a todos los preceptos de la Constitución, entre

¹²ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Acerca de la OIT*, disponible en: <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm/>>, consultado el 20 abril de 2016.

¹³ SANHUEZA, Cristián; SABER, Daniel; CAVALLERO, James; CONTESSE, Jorge; RODRIGUEZ, César, *No nos toman en cuenta* (Santiago, Ediciones UDP, 2013), p. 30.

¹⁴ Convenio 169 de la OIT, artículo 1.3: “La 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”.

¹⁵ Requerimiento Formulado por Diversos Diputados para que el Tribunal Resuelva la Constitucionalidad del Convenio N°169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, 2000. Tribunal Constitucional, 04 de agosto de 2000. Rol: 309-2000. Cons.44°.

ellos: los deberes del Estado y el principio de igualdad. Si se concluye que los pueblos indígenas reúnen las características de grupos intermedios, el Estado tiene el deber de contribuir a su mayor realización material y espiritual, respetando, promoviendo y fomentando sus actividades culturales. Un trato especial para los indígenas no solo no vulnera el principio de igualdad, sino que lo hace verdaderamente efectivo, ya que al estar el pueblo indígena en una situación distinta del resto de sus compatriotas, deben tener un trato diferente, es así como se manifiesta la igualdad justa”¹⁶.

Avanzando en la materia, ciertas disposiciones del Convenio tienen carácter autoejecutable o normas *self executing*, en virtud del artículo 5 inc. 2 de nuestra Carta Fundamental, por cuanto es un tratado internacional ratificado por Chile que se encuentra vigente y que reconoce derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Sin perjuicio de lo anterior, respecto de las disposiciones que no tengan dicho carácter el Estado debe adecuar la legislación interna a lo que ha suscrito en el ámbito internacional. Entre las leyes que regulan materias indígenas¹⁷, la más importante es la Ley N°19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y desarrollo de los Pueblos Indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Sin embargo, no es una ley que proteja de modo eficiente los derechos que el Convenio les reconoce; Chile no ha tomado las medidas necesarias para la aplicación de sus disposiciones incumpliendo la obligación que la OIT establece para los Estados que lo ratificaron. No obstante, al momento de escribirse este trabajo existe un proyecto de ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas que modifica los servicios públicos pertinentes y que reconoce expresamente ciertos derechos de los pueblos que el Convenio establece¹⁸.

En cuanto a su contenido, el Convenio 169 se divide en diez partes: Política General, Tierras, Contratación y Condiciones de Empleo, Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales, Seguridad Social y Salud, Educación y Medios de Comunicación, Contactos y Cooperación a través de las Fronteras, Administración, Disposiciones Generales y Disposiciones Finales. Algunos de los derechos más importantes que se pueden encontrar en el Convenio son el 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. El derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, los que comprenden su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos y el derecho de participación en la adopción de decisiones respecto a políticas y programas que les conciernan”¹⁹.

Los Estados parte deben adoptar medidas que aseguren a los pueblos indígenas el goce de los derechos que la legislación nacional otorga a la población, desarrollar acciones coordinadas y sistemáticas para proteger sus derechos, adoptar medidas especiales para salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente indígena,

¹⁶ RAVEST, Maximiliano, cit. (n. 6), p. 97.

¹⁷ La Ley N°19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y desarrollo de los Pueblos Indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; la Ley N°20.249 que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios y la Ley N°19.891 que crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y Las Artes.

¹⁸ De este proyecto y Ministerio se profundizará más adelante.

¹⁹ DONOSO, Sebastián, *Chile y el Convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro*, en *Temas de la Agenda Pública* 3 (2008), 16, pp. 5.

y consultarles respecto de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Respecto a la tierra, deben respetar la importancia especial que tiene para la cultura y los valores espirituales de cada pueblo indígena²⁰.

3. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) es la principal organización de Estados soberanos voluntariamente afiliados para “colaborar con la paz mundial, promover la amistad entre todas las naciones y apoyar el progreso económico y social”²¹ basando sus medidas en el respeto de los derechos fundamentales. Chile desde el año 1945 forma parte de ésta Organización que en la actualidad cuenta con 193 Estados miembros.

En el año 1982 la Subcomisión de Derechos Humanos examinó los derechos de los pueblos indígenas, promovió la adopción de normas internacionales relativas a ellos y preparó el proyecto de la Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas. Luego, en la década del '90, diversos órganos de las Naciones Unidas elaboraron programas para mejorar su salud, tasas de alfabetización y dar protección a sus espacios ancestrales. En el año 2000 se creó el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el cual está compuesto por dieciséis expertos — entre ellos indígenas— cuya función es asesorar al Consejo Económico y Social, coordinar las actividades de la ONU en ese ámbito y estudiar aspectos relativos a su desarrollo social y cultural. También existe un Grupo de Apoyo interinstitucional sobre Cuestiones Indígenas para la promoción de sus mandatos.

El 29 de junio de 2006 el Consejo de Derechos Humanos aprobó la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, y lo mismo hizo la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007²². Fue adoptada por 143 Estados a favor, cuatro en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y EEUU) y once abstenciones (Azerbaijón, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, La Federación Rusa, Samoa y Ucrania)²³. Si bien, no tiene fuerza obligatoria y usualmente es calificada como *soft law*, da el impulso necesario para crear convenciones internacionales vinculantes. En palabras de José Zalaquett: “la adhesión a esta Declaración refleja entonces el fuerte compromiso de los Estados signatarios con ciertos parámetros y con el respeto a ciertos principios, independientemente de su fuerza obligatoria”²⁴.

La Declaración establece un marco universal de estándares mínimos para la dignidad, supervivencia, bienestar y reconoce derechos individuales y colectivos, en particular su derecho a la cultura, identidad, idioma, empleo, salud y educación, a mantener sus instituciones a través de las cuales puedan participar efectivamente en los asuntos que les afecten y promover su desarrollo de acuerdo a sus aspiraciones y necesidades. Estas garantías también están reconocidas en la Carta de las Naciones Unidas, en la Declaración de Derechos Humanos y en las normas internacionales de derechos humanos. Por otro lado, “la

²⁰ *Ibíd.*, p. 6.

²¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, <http://www.onu.cl/>, consultado el 2 junio de 2016.

²² *Ibíd.*

²³ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/Pages/Declaration.aspx>, consultado el 2 junio de 2016.

²⁴ ZALAUQUETT, José, *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, (Santiago, Universidad de Chile, 2008), p. 139.

Declaración solicita a los Estados establecer mecanismos eficaces para la prevención y resarcimiento de todo acto que tenga por objeto privar de la integridad a estos grupos, por ejemplo, a través de la expropiación de sus tierras o el traslado sin consentimiento libre”²⁵.

4. Conclusión

En los párrafos anteriores se mencionaron dos de los instrumentos más importantes relativos a la protección de los sujetos centrales de este trabajo: El Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas. Éste último, de acuerdo a la jurisprudencia internacional, ayuda a interpretar el Convenio, conformando un “bloque internacional de derechos fundamentales de pueblos indígenas, que actúa como límite a la soberanía estatal”²⁶. Esta afirmación se apoya, por un lado, en el *ius cogens*²⁷ y, por otro, en la cláusula de interpretación del instrumento de la OIT que en su artículo 35° establece que “la aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos internacionales”. La Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas es claramente un instrumento internacional, y en virtud del precepto anterior, los derechos que reconoce no pueden ser omitidos al aplicar el Convenio, por lo que obligatoriamente se deben tener en cuenta sus disposiciones a pesar de que la Declaración por sí sola no constituya un instrumento vinculante. Además, como señala el relator especial de la ONU: “La Declaración representa un consenso internacional sobre un marco apropiado para abordar estos temas y sus disposiciones se deben tener en cuenta en la formulación de las políticas”²⁸.

II. PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO NACIONAL

Al tratar los Pueblos Indígenas en Chile se deben hacer dos precisiones. La primera, es que su reconocimiento como tal no existe en la Constitución. La segunda es que la Ley N°19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas solo los reconoce como etnias.

Respecto a la primera precisión se debe recordar el párrafo anterior que expone la dificultosa aprobación y ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte de Chile debido a que, según algunos diputados la denominación “pueblos indígenas” atenta contra el inciso primero de los artículos 3 y 5 de la Carta Fundamental que, respectivamente, establecen que Chile es un Estado Unitario cuya soberanía reside en la Nación. El mismo argumento se utilizó para rechazar aquellas partes de las numerosas reformas constitucionales que buscaron

²⁵Senado, *Noticias*, (Chile, 2013), disponible en: http://www.senado.cl/comision-bicameral-revisara-declaracion-de-la-onu-sobre-derechos-indigenas/prontus_senado/2013-03-28/155824.html, consultado el 4 junio de 2016.

²⁶ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, *Territorio y autonomía de los pueblos originarios en Chile* (Santiago de Chile, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, 2013), pp. 32.

²⁷ “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata”. CIDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, sentencia del 21 de agosto de 2001, párr. 149.

²⁸ ALSTON, Philip, *Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre extrema pobreza y derechos humanos* (Santiago de Chile, ONU, 2015), disponible en: <http://acnudh.org/declaracion-del-relator-especial-de-las-naciones-unidas-sobre-extrema-pobreza-y-derechos-humanos-philip-alston/>, consultado el 29 de agosto de 2016.

el reconocimiento de los pueblos indígenas en nuestro país. Sin embargo, tal argumento no puede esgrimirse para justificar la ausencia de cualquier referencia a los indígenas —ya sea individual o colectivamente considerados— y tampoco justifica que la omisión al reconocimiento de la multiculturalidad²⁹ en cualquiera de sus especies. Entonces ¿por qué no lo hay? ¿A qué se debe esta omisión? La falta o ausencia de reconocimiento del principio de multiculturalidad y, específicamente, la existencia de los pueblos indígenas en Chile, se debe a que el Constituyente ha adoptado una política de asimilación al igual que el derogado Convenio 107 de la OIT. La asimilación consiste en que “los diferentes grupos étnicos y culturales son absorbidos con la intención de hacerlos iguales al resto de la sociedad que se supone que es homogénea. Esta postura parte del supuesto que la cultura receptora y dominante es superior a las demás y, por tanto, sería la única que debería sobrevivir en la confrontación cultural”³⁰.

Chile se encuentra atrasado en estas materias si se compara con los países colindantes y demás de América Latina, pues la mayoría de sus Constituciones consagran expresamente la existencia de los pueblos indígenas junto con la titularidad de derechos colectivos; algunas les otorgan cierta autonomía para aplicar su sistema jurídico siempre teniendo como límite el respecto por los derechos fundamentales y otras, como las de Colombia y Ecuador, le han dado autonomía jurisdiccional. Más destacable aún es la Constitución del estado de Oaxaca (México) que, además de lo anterior, reconoce la autonomía política de los pueblos para elegir a sus gobernantes según sus usos y costumbres y no a través del sufragio universal³¹.

Si bien, en Chile no hay un reconocimiento constitucional de los indígenas, la Ley N°19.253, coloquialmente llamada “Ley Indígena”, en su artículo 1° señala lo que el ordenamiento jurídico nacional entiende por indígenas: “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 cultura³².” El inciso segundo, por su parte, establece que son nueve etnias indígenas las que Chile reconoce: Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, Atacameña, Quechua, Colla, Diaguita, Alacalufe o Kawashkar, y Yámana o Yagán.

El artículo 2° establece que los efectos de la Ley se aplicarán a quienes cumplan con los requisitos allí mencionados y siempre que sean personas de nacionalidad chilena, lo que una vez más nos demuestra la idea de asimilación o integración de nuestra legislación. Se consideran indígenas según el artículo anterior a:

²⁹ “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” CORTINA, Adela, *Ciudadanos del Mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, (Barcelona, 1997), p. 171, cit. por ROJAS, Hugo, *El principio de la multiculturalidad*, (Valparaíso, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2001), p. 31.

³⁰ ROMÁN, Andrés, *Hacia el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile*, en *Revista de Derechos Fundamentales* 11 (2014), p. 149.

³¹ CARBONELL, Miguel, *La Constitucionalización de los Derechos Indígenas en América Latina: Una aproximación Teórica*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 108 (2003), p. 839.

³² Ley N°19.253. Diario oficial de la República de Chile, 05 de octubre de 1993, modificada por última vez el 25 de marzo de 2014.

“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 2.

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 tal 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”³³.

Como se adelantó en un principio, la ley más importante en materia indígena —toda la regulación que les atañe se sustenta en ella— no les otorga la calidad de pueblos sino de etnias, palabra que ha sido rechazada por la doctrina moderna pues denigra o minusvalora su naturaleza a simples agrupaciones de vida transitoria en extinción y que se equipara coloquialmente a “raza”. Sin embargo, se podría afirmar que desde la entrada en vigencia de la Ley Indígena se percibe un avance en esta materia, pues la Ley N°20.249 que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios los reconoce como tal sin que dicha denominación fuese un conflicto para su aprobación a pesar de que sus disposiciones se apliquen a asociaciones y comunidades indígenas entendidas al tenor del artículo 1° de la Ley N°19.253.

CAPITULO SEGUNDO: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

I. ANTECEDENTES

En el capítulo anterior, se señaló que el ordenamiento jurídico chileno solo considera indígenas y pertenecientes a determinada etnia a quienes cumplan los requisitos del artículo 1° de la Ley N°19.253. En esta línea, el Censo Nacional realizado el año 2002 determinó que el 4,6% de la población —692.192 de 15.116.435 habitantes— dijeron ser parte de alguna etnia indígena, cifra que en el año 2006 aumentó a un 6,6% concentrándose un 29,5% en la región IX y un 27,7% en la región metropolitana, producto del fenómeno migratorio del sector rural al urbano que se ha verificado en los últimos años³⁴. Hoy se podría afirmar que los indígenas constituyen como mínimo el 10% de la población nacional.

También se mencionó que la falta de reconocimiento constitucional del Principio de Multiculturalidad y de los pueblos indígenas que se encuentran en el territorio nacional tiene distintas consecuencias, entre ellas la imposibilidad de hacer valer los derechos indígenas como derechos colectivos y, específicamente, el derecho a la autodeterminación. Dicha falta sumada a la tardía ratificación del Convenio 169 tienen un efecto aún más perjudicial en los pueblos originarios, cual es la alta tasa de pobreza, marginalidad y discriminación. En el

³³ *Ibíd.*

³⁴ MIDEPLAN, División Social, *Análisis de los resultados de la encuesta de caracterización socioeconómica nacional* (Santiago de Chile, 2006), p. 22.

mensaje de la Ley N°19.253 del año 1993, el ex presidente Aylwin (1918-2016) señala expresamente que “esta ley vendría a solucionar el grave problema de indefensión que tienen estas personas y sus comunidades”, que su objetivo es “abolir cualquier tipo de discriminación que en el país hubiera, permitiendo que las personas que, junto con ser chilenas sean parte de una cultura originaria, lo puedan expresar con toda libertad y claridad” y que “las áreas indígenas coinciden con las de mayor pobreza rural del país”³⁵.

La Ley N°19.253 además de establecer normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas, crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, servicio público encargado de producir, aprobar y ejecutar políticas públicas³⁶, y así, en primer lugar, cumplir con el principio de Servicialidad del artículo 3° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado que señala que la Administración debe estar al servicio de la persona humana, promover el bien común atendiendo las necesidades públicas de forma continua y permanente, y aprobar, ejecutar y controlar las políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal³⁷. Y, en segundo lugar, cumplir con el artículo 3° de la Ley N°19.253 el cual señala que “es deber del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas (...) adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas”.

En Enero del 2016³⁸, la Presidenta Michelle Bachelet inició un proyecto de Ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas y reforma la Ley N°19.253, entre otras, reemplazando la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena por el Servicio Nacional de Pueblos Indígenas, sucediéndolo legal y patrimonialmente en caso de aprobarse el proyecto.

Con el fin de mantener el orden que se encuentra vigente en los párrafos siguientes se detallará, en primer lugar, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y, en segundo lugar por ser un proyecto de ley que aún no se encuentra aprobado, la naturaleza, atribuciones y funciones del Ministerio de Pueblos Indígenas.

II. CORPORACIÓN NACIONAL DE DESARROLLO INDÍGENA

1. Naturaleza y patrimonio de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena

La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena o CONADI es un servicio público funcionalmente descentralizado dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Ministerio de Planificación y Cooperación³⁹. Su consagración y regulación actual se encuentra en el Título VI, Párrafo 1° y siguientes de la Ley N°19.253, promulgada en el año 1993 durante el mandato del ex presidente Aylwin (1918-2016).

³⁵ Historia de la Ley N°19.253, p. 4.

³⁶ “Acciones y flujos de información relacionados con un objetivo político definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado”. LAHERA, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas*, (Chile, Fondo de Cultura Económica, 2002), p. 4.

³⁷ Ley 18.575. Diario Oficial de la República de Chile, 05 de diciembre de 1986.

³⁸ Si bien, el proyecto de ley ingresó al Senado en el mes de enero, el 11 de mayo fue retirado para luego ser ingresado nuevamente a la Cámara de Diputados el 17 de mayo.

³⁹ Artículo 38° Ley N°19.253.

La Corporación tiene su principal antecedente en la Comisión Especial de Pueblos Indígenas creada para asesorar al (ex) presidente en la determinación de políticas indígenas para el desarrollo económico, social y cultural en relación a las necesidades de dichos pueblos⁴⁰, ya que antes de la Ley N°19.253 no existía un organismo que definiera, coordinara y ejecutara de manera integral las políticas necesarias para el desarrollo de los indígenas. La CEPI propuso cuatro iniciativas: el proyecto de ley que crea CONADI, una reforma constitucional relativa al reconocimiento de los pueblos indígenas, la ratificación del Convenio 169 de la OIT, y el proyecto de ratificación del Convenio que crea el Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe, pero lamentablemente solo fue aprobada la primera iniciativa. De este modo, la Corporación se constituyó como el primer servicio público cuyo objetivo principal fue y es planificar, coordinar y efectuar la acción del Estado en favor del desarrollo integral económico, social y cultural de los pueblos, comunidades y personas indígenas, así como promover su participación de la vida nacional⁴¹.

El patrimonio de la Corporación está compuesto por los recursos que le asigna anualmente la Ley de Presupuestos, los aportes reembolsables y no reembolsables de la cooperación internacional, los bienes muebles e inmuebles que reciba o adquiera a cualquier título, y las herencias, legados y donaciones, las cuales están exentas de impuestos y no requieren el trámite de insinuación judicial del Código Civil⁴².

La Dirección de Presupuestos —organismo técnico, dependiente del Ministerio de Hacienda que elabora el presupuesto de la Nación, propone la asignación de recursos financieros del Estado, regula y supervisa la formulación presupuestaria y la ejecución del gasto público⁴³— confecciona anualmente fichas de definiciones estratégicas e indicadores de desempeño de la Corporación, y trimestralmente informes de su ejecución presupuestaria y de las fuentes y usos de sus recursos.

2. Organización de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena

La Corporación, como ya se señaló, es un servicio público de la Administración del Estado, funcionalmente descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio que, a diferencia de los órganos o servicios públicos centralizados, está sometido a la supervigilancia de la Administración —específicamente del Ministerio de Planificación y Cooperación—. El Servicio cuenta con una potestad reglada; si bien detenta un conjunto de potestades que son extraídas del poder central para lograr la eficacia y eficiencia en la prestación de servicios y satisfacción de necesidades públicas, solo son aquellas facultades que expresamente señala la Ley que establece al organismo. Se podría manifestar que la Ley N°19.253 está compuesta de por dos materias: una sustantiva en cuanto reconoce y otorga derechos a los Pueblos Indígenas, y otra orgánica, pues crea al organismo encargado de velar por su protección.

En cuanto al ámbito territorial la Corporación es un servicio de carácter nacional, sin perjuicio que su sede principal y domicilio se encuentre en Temuco. A diferencia de otros

⁴⁰ Decreto Supremo N° 30 de 1990, que crea la Comisión Especial de Pueblos Indígenas.

⁴¹ Artículo 39° Ley N°19.253.

⁴² El trámite de insinuación es la autorización de la donación por el juez competente, solicitada por el donante o donatario, en virtud del artículo 1.401 del Código Civil.

⁴³ Artículo 1° de DFL N°106 de 1960 y artículo 15° del DL N° 1.263 de 1975.

servicios públicos cuya dirección superior está a cargo exclusivamente del Director Nacional⁴⁴, en la Corporación recae en un Consejo Nacional integrado por el Director, cinco Subsecretarios⁴⁵, tres consejeros designados por el Presidente de la República y, por último, ocho representantes indígenas. Es equivoco suponer que cada uno de éstos representa a un pueblo indígena reconocido en la Ley N°19.253, pues en virtud de la letra d) del artículo 41° los representantes “son cuatro mapuches, un aimara, un atacameño, un rapanui y uno con domicilio en un área urbana del territorio nacional”, designados por el Presidente de la República a propuesta de las comunidades indígenas. Esta representación se mantiene durante cuatro años a partir del decreto de nombramiento pudiendo ser reelegidos. Sus funciones y atribuciones están consagradas en el artículo 42° de la Ley, pero por su relevancia solo se mencionará la letra d) consistente en “estudiar y proponer las reformas legales, reglamentarias y administrativas relativas a los indígenas que les afecten directa o indirectamente” para lo cual debe respetarse el derecho a consulta que el Convenio 169 de la OIT en su artículo 61 reconoce a los pueblos indígenas.

Si bien, la Dirección Superior está a cargo del Consejo, el Jefe Superior del Servicio es el Director Nacional quien representa judicial y extrajudicialmente a la Corporación. Entre las atribuciones y funciones que le asigna el artículo 44° de la Ley se encuentra la de supervigilar las Oficinas de Asuntos Indígenas en tres ciudades del país⁴⁶ y apoyar las asociaciones indígenas donde no hay Subdirecciones.

Las Subdirecciones Nacionales se encuentran en la ciudad de Temuco e Iquique: la primera cubre la VIII, IX, X y XIV región, mientras que la Subdirección de Iquique la I, II y XV región. Según el artículo 45° de la Ley estos organismos son los encargados de “orientar y ejecutar, descentralizadamente, la acción de la Corporación en favor de las personas, agrupaciones y comunidades indígenas dentro de su respectivo ámbito”. Si bien, quien define la política del Servicio es el Consejo Nacional de la Corporación, quien realmente crea o produce las políticas públicas en materia indígena son las Subdirecciones Nacionales, pues en virtud del artículo anterior y la letra c) del mismo, tienen como función “someter al Consejo Nacional, por medio del Director, la aprobación de planes y programas de desarrollo indígena para su ejecución en el ámbito de la Subdirección”⁴⁷. Por otro lado, también es el organismo ejecutor de dichas políticas en el ámbito de su jurisdicción y para su eficaz cumplimiento la Ley expresamente le otorga competencia para suscribir todos los actos y contratos indispensables. Para llevar a cabo sus funciones las Subdirecciones se asesoran por un Consejo Indígena —distinto al Consejo Nacional mencionado anteriormente— conformado por miembros que nombra el Subdirector Nacional y que luego es presidido por su respectivo Subdirector. Como ya se señaló la función del Consejo Indígena es

⁴⁴ Por ejemplo, el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) y el Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA).

⁴⁵ Estos subsecretarios son nombrados por la Secretaria General de Gobierno, el Ministerio de Planificación y Cooperación, de Agricultura, de Educación y Bienes Nacionales, respectivamente.

⁴⁶ Las Oficinas de Asuntos Indígenas se encuentran en Santiago, Isla de Pascua y Punta Arenas, y asumen las funciones y atribuciones que expresamente les delega el Director Nacional o el Subdirector Nacional de Iquique.

⁴⁷ A nivel regional, serían los Directores Regionales, en virtud del artículo 47° letra b) de la Ley N°19.253 que establece que una de sus funciones es: “someter al Consejo Regional, por medio del Subdirector, la aprobación de planes y programas de desarrollo indígena para su ejecución en el ámbito de su jurisdicción.”

simplemente asesorar, por lo que sus análisis, sugerencias u opiniones no poseen ningún carácter vinculante para sus destinatarios.

La Corporación cuenta, además, con cuatro Direcciones Regionales ubicadas en Arica y Parinacota, en Cañete (ubicada en la región del Bío-Bío), en la región de los Ríos y en la de los Lagos, cuya función principal es la representación judicial y extrajudicial de la Corporación en el ámbito de su jurisdicción con expresa autorización del Subdirector.

Por último, para el cumplimiento de sus objetivos la Corporación podrá convenir con los Gobiernos Regionales y Municipalidades respectivos, la formulación de políticas y la realización de planes y proyectos destinados al desarrollo de las personas y comunidades indígenas.

3. Funciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena vinculadas a la protección de derechos políticos y culturales⁴⁸.

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.*

Para el reconocimiento de la calidad indígena en las personas que cumplan con lo estipulado en el artículo 1° de la Ley N°19.253, la Corporación debe constatar dichos requisitos y otorgar un certificado que acredite tal calidad, proceso que se rige por las normas del Decreto Supremo N° 392 de abril de 1994 y el Reglamento sobre Acreditación de Calidad Indígena aprobado por Resolución Exenta N° 268 el 17 de marzo de 2006, que en su segundo considerando establece expresamente que es uno de los trámites con mayor demanda por parte de los usuarios del Servicio.

Como muchos de los requisitos se refieren a vínculos familiares, el artículo 4° señala que el Director de la Corporación podrá emitir un informe para acreditar la posesión notoria del estado civil, ya que éste se considera título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que emanen de la filiación legítima y matrimonio civil. Respecto al reconocimiento de las comunidades indígenas⁴⁹, éstas deben depositar, dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de su asamblea constitutiva, una copia autorizada del acta en la Subdirección Nacional, Dirección Regional u Oficina de Asuntos Indígenas de la Corporación para gozar de personalidad jurídica. Posteriormente, deben ser inscritas en el Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas.

La promoción de la participación en la vida nacional respecto de asuntos que los vinculen no es solo una función y obligación de la Corporación, sino de todos los servicios de la Administración del Estado los cuales deben considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce la ley⁵⁰, lo que concuerda con el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT que dispone que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados cada vez que

⁴⁸ En este trabajo solo se tratarán algunas de las funciones. El catálogo completo se encuentra en el artículo 39° de la Ley.

⁴⁹ El artículo 9° de la Ley N°19.253 entiende por comunidades indígenas “toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

- a) Provenzan de un mismo tronco familiar;
- b) Reconozcan una jefatura tradicional;
- c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y
- d) Provenzan de un mismo poblado antiguo.”

⁵⁰ Artículo 34° Ley N°19.253.

se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. El Gobierno realiza esta consulta previa en base al procedimiento que regula el Decreto Supremo N°66 del año 2013 que aprueba el Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena.

b) Promover las culturas e idiomas indígenas y sistemas de educación intercultural bilingüe en coordinación con el Ministerio de Educación.

Nuestra Constitución en el artículo 19° asegura a todas las personas el derecho a la educación estableciendo como obligatorio el segundo nivel de transición, la educación básica y media, por lo que el Estado debe financiar un sistema gratuito que garantice el acceso a toda la población. El objetivo de la educación en las diversas etapas de la vida humana no es solo el desarrollo intelectual de la persona, sino su crecimiento intelectual, físico y/o espiritual acorde a la base fundamental de todos los derechos: la dignidad humana y, por consiguiente, a los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y a los derechos garantizados en la Constitución. El Convenio 169 de la OIT señala que los Estados deben adoptar medidas para garantizar a los miembros de los Pueblos Indígenas “la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional”⁵¹. Por su parte, el artículo 7° de la Ley N°19.253 establece el deber del Estado de reconocer el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias culturas y promoverlas por formar parte del patrimonio de la Nación chilena y en virtud del artículo 28° letra a) el respeto a la cultura contempla el uso y conservación de los idiomas indígenas junto al español.

La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena tiene la obligación de promover un sistema de educación intercultural bilingüe por las disposiciones anteriores y porque, en la medida en que se imparta una enseñanza en el lenguaje particular de cada etnia indígena, se asegura una verdadera comprensión de los conocimientos entregados por los establecimientos educacionales, se permite la manifestación de sus tradiciones y costumbres y se garantiza efectivamente su preservación.

Por lo anterior, en 1995 se crea el Fondo de Cultura y Educación que actúa al alero de la Corporación, cuya función es promover el reconocimiento y respeto de las culturas e idiomas indígenas a través del sistema de Educación Intercultural Bilingüe, el subsidio del financiamiento de la residencia estudiantil para alumnos indígenas de Educación Superior y la recuperación y revitalización de las lenguas indígenas⁵².

c) Incentivar la participación y el desarrollo integral de la mujer indígena, en coordinación con el Servicio Nacional de la Mujer.

La encuesta CASEN del año 2013 señala, en primer lugar, que la tasa de participación laboral femenina es de un 45,1%, mientras que la masculina es de un 68,4% y, en segundo lugar que la tasa de desocupación de mujeres indígenas es de un 9,3% mientras que la de los hombres es de un 7,0%. Para contrarrestar la diferencia de género perjudicial para el sexo femenino, la Corporación en coordinación con el SERNAM realiza constantemente

⁵¹ Artículo 26 Convenio 169 OIT.

⁵² CONADI, *Facultades, funciones y atribuciones de sus unidades u órganos internos*, disponible en: http://www.conadi.gob.cl/gobiernotransparente/transparencia/facultades_2011.html, consultado el 23 de agosto de 2016.

conmemoraciones para incentivar el emprendimiento, por ejemplo con las Expo-Feria Mujeres Indígenas. Otro mecanismo es la entrega de subsidios; el año 2011 se realizó un concurso público para financiar actividades productivas y comerciales de los pueblos originarios llamado “Concurso para mujeres emprendedoras indígenas, Región de Arica y Parinacota” a cargo del Fondo de Desarrollo Indígena, cuya misión entre el 2011 y 2014 fue lograr que los Pueblos Indígenas tuvieran un desarrollo económico y social similar al del resto de los ciudadanos del país.

4. Funciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena vinculadas a la protección de tierras indígenas.

a) *Derecho a la tierra*

Las funciones de la Corporación relacionadas a la protección de las tierras indígenas también están consagradas en el artículo 39° de la Ley N°19.253 desde la letra d) y siguientes, pero por la relevancia de éste elemento en la comprensión de los pueblos indígenas se profundizará más que otras funciones.

Para comprender la importancia de las funciones que tiene la Corporación en materia territorial indígena es indispensable saber qué se entiende por tierra y territorio, para lo cual es necesario tener en mira una vez más el Convenio 169 de la OIT que en su parte II llamada “Tierras” regula esta materia. En el artículo 12° establece la obligación de los gobiernos de respetar la importancia que tiene la tierra y/o territorios para la cultura de los pueblos indígenas interesados y señala que “la utilización del término ‘tierras’ deberá incluir el concepto de territorios, lo que lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”⁵³.

Del precepto anterior, se puede establecer una distinción entre tierras y territorios. Rodrigo Lillo Vera señala que el Convenio “al hablar de tierras, parece referirse a la relación con la tierra establecida tradicionalmente en nuestros sistemas jurídicos y económicos occidentales: la propiedad privada”, mientras que el territorio “contiene una relación del hombre con la tierra y el espacio natural, muy diferente a la definida por el derecho de propiedad privada. El territorio no fragmenta el espacio, como se hace en la legislación chilena (y en general aquellos que consagran el derecho de propiedad), regulando sus diversos aspectos en normas diferentes (Código de Aguas, Código de Minería, Ley Eléctrica, DL 701, Constitución Política, etc.). El Convenio define el territorio como el hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera distinta (al dominio o posesión). El territorio, se relaciona con un espacio de jurisdicción, y de control de los recursos naturales”⁵⁴, también alude al especial vínculo que tienen los pueblos indígenas con el

⁵³ Convenio 169 de la OIT, artículo 13: “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, 2. La utilización del término ‘tierras’ en los arts. 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.”

⁵⁴ LILLO VERA, Rodrigo, *El Convenio 169 de la OIT. Hacia un reconocimiento de la diversidad*, p. 7, disponible en: http://200.10.23.169/trabajados/El%20convenio%20169%20de%20la%20OIT_lillo.pdf, cit. por ROJAS, Patricio, *Análisis conceptual del derecho a la tierra de los pueblos indígenas según el derecho internacional*, (Valparaíso, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013), pp. 20 y 21.

espacio físico que habitan, es decir, la tierra. En el territorio ellos manifiestan su cultura, tradiciones y cosmovisión, por lo que su valor “es diferente del valor comercial que le atribuye la sociedad occidental a la tierra en torno al cual se construye la figura de la propiedad privada”⁵⁵. En este sentido, Berraondo señala que “los Estados han insistido en desinflar el fuerte contenido que guarda en sí misma la concepción indígena del territorio, trasformando los distintos elementos que conforman esta concepción en reclamos estancos e independientes unos de otros, adoptando dinámicas puramente mercantilizadoras de los derechos como demuestra sus constantes intentos en reducir o circunscribir este derecho al territorio siempre en el marco del derecho privado de propiedad” y que “el reclamo de jurisdicción sobre el derecho al territorio resulta fundamental, ya que la defensa del territorio equivale a la defensa de la propia existencia físico-espiritual porque es en la tierra que se saca el sustento, pero también es el espacio donde yacen los ancestros, donde se reproduce la cultura, la identidad y la organización social”⁵⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua* señala que la “estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”⁵⁷.

En el ámbito nacional, la Ley N°19.253 en su artículo 1° reconoce que la tierra es el fundamento principal de la existencia y cultura de los pueblos indígenas y establece el deber del Estado de adoptar las medidas adecuadas para proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación. En base a este precepto la Ley desarrolla la regulación territorial en sus disposiciones siguientes.

El artículo 12 establece que son tierras indígenas aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión proveniente de los títulos de comisario, de merced y cesiones gratuitas efectuadas por el Estado. Asimismo aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades reconocidas en el artículo 1° de la Ley; aquellas que provengan de los títulos y modos anteriores y que se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia y, por último, señala que también son tierras indígenas aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado⁵⁸.

⁵⁵ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, cit. (n. 26), pp. 32.

⁵⁶ BERRAONDO, Mikel, *Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente*, en BERRAONDO, Mikel (a cura di), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (España, Instituto Derechos Humanos, 2006), p. 471.

⁵⁷ CIDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, cit. (n.27), párr. 149.

⁵⁸ Ley N°19.253, artículo 12°: “Son tierras indígenas:

1° 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.

Como se puede apreciar, nuestra legislación no reconoce expresamente el territorio del modo en que lo entiende el Convenio y la doctrina, sin perjuicio de que reconoce la tierra como el fundamento de existencia de los pueblos indígenas. En realidad, lo que admite el artículo 12° es el derecho de propiedad que, si bien concuerda con al artículo 14° del Convenio 169 de la OIT⁵⁹, no tiene la misma relevancia que el derecho al territorio el cual podría desconocerse por el Estado al implementar políticas indígenas, ignorar o mostrar indiferencia ante el valor e importancia de prácticas sociales, culturales, religiosas o espirituales que manifiestan en sus tierras; como señala José Aylwin “la demanda indígena por el territorio se vincula estrechamente a otra reclamación emergente de los pueblos indígenas como es aquella relacionada con su derecho a la libre determinación y a la autonomía”⁶⁰. Se debe destacar que el derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios también se extiende a los recursos naturales que allí se encuentren, ya que el Convenio en su artículo 15° establece que los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente, los cuales “comprenden tanto los recursos renovables como los no renovables, tales como flora y fauna, las aguas, los hielos, las zonas costeras, el subsuelo, los bosques, los recursos pesqueros, los recursos genéticos y los minerales”⁶¹, pero “tradicionalmente los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados en que habitan los pueblos indígenas se han preocupado de la regulación de los derechos que estos pueblos tienen sobre sus tierras, disociando tales derechos de aquellos relativos a los recursos naturales que hay en ellas”⁶².

Vinculando lo anterior con la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, el artículo 19° de la Ley 19.253 letra d) y siguientes, enumera funciones relativas a la protección del derecho a la propiedad y posesión de las tierras, territorios y recursos naturales:

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.

2° 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.

3° Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia.

4° Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado. La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley.

La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley.

Las tierras indígenas estarán exentas del pago de contribuciones territoriales”.

⁵⁹ Convenio 169 OIT, artículo 54°: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.

⁶⁰ AYLWIN, José, *El concepto de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas en el derecho internacional*, (extracto del peritaje presentado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.313, 2005), pp. 10-11, disponible en:

<https://law.utexas.edu/humanrights/events/adjudicating/papers/tierrasterritorios.doc>, consultado el día 16 de junio de 2016.

⁶¹ SALGADO, Juan Manuel; GOMIZ, María Micaela, *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino* (Argentina, Neuquén, 2010), p. 216.

⁶² AYLWIN, José, cit. (n. 60), p. 9.

b) *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.*

Los abogados Defensores de Indígenas designados por resolución del Director son gratuitos, y gozarán de privilegio de pobreza por el solo ministerio de la ley.

La defensa jurídica por parte de la Corporación podría darse, por ejemplo, en un caso de división de tierras indígenas provenientes de títulos de merced, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 16 de la Ley N°19.253 que, además, en su inciso final establece expresamente que las controversias producidas en ese supuesto serán resueltas conforme al procedimiento de conciliación y al procedimiento judicial en los Conflictos de Tierras regulado en el Título VII Párrafo 2°. Otra hipótesis que haría procedente la defensa jurídica de la Corporación es en caso de un enfrentamiento de derechos concurrentes sobre terrenos en proceso de reivindicación por comunidades indígenas, cuando una de las partes sea un privado que tenga un dominio previamente inscrito. Según Dominique Hervé, Directora del Programa de Derecho y Política Ambiental UDP, “determinar cuál es el derecho preferente puede generar un conflicto, ya que de acuerdo con la Constitución solo se puede privar del dominio por ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, calificado por el legislador y con derecho a indemnización, de manera que el derecho del privado podría verse favorecido al aplicar la Constitución”⁶³.

La segunda función que establece la letra d) del artículo 19, dice relación con el rol de la Corporación en el proceso de conciliación y arbitraje en el procedimiento judicial en el conflicto de tierras que, como ya se adelantó en el párrafo anterior, está regulada en el Título VII de la Ley N°19.253. En el párrafo primero denominado “De la Costumbre Indígena y su Aplicación en Materia de Justicia” el legislador establece que en juicios entre indígenas de una misma etnia, en los cuales se quiera hacer valer la costumbre como derecho, la Corporación debe evacuar un informe pericial para acreditarla en el juicio a requerimiento del Tribunal, sin perjuicio de los otros medios que establece la ley.

En conflictos de tierras la Corporación puede instruir a los interesados acerca de la conciliación y proporcionar una solución extrajudicial en caso de que las partes hayan concurrido voluntariamente para prevenir o terminar un juicio pendiente, la que según el artículo 55° no sería solemne, sin embargo el conciliador y Ministro de Fe debe levantar un acta que producirá efecto de cosa juzgada en última instancia con mérito ejecutivo. En caso de que se inicie o se siga el procedimiento judicial establecido en el artículo 56°, el Director de la Corporación tiene la obligación de emitir y suscribir, dentro de un plazo de quince días de recibidos los antecedentes, un informe jurídico, técnico y socio-económico de la cuestión debatida en caso de que el Tribunal, de oficio a petición de parte, le haya remitido copia del expediente. La Corporación, también, deberá emitir un informe en caso de que en juicios reivindicatorios o de restitución el juez para fallar necesite rectificar errores de hecho existentes en títulos de merced y en títulos gratuitos de dominio.

⁶³ HERVÉ, Dominique, *Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales*, en CONTESSE, Jorge (a cura di), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012), p. 61.

- c) *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.*

La Ley N°19.253 en su Título II “Del reconocimiento, protección y desarrollo de las Tierras Indígenas”, párrafo 2° crea el Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, administrado por la Corporación y constituido por una suma que le destina anualmente la Ley de Presupuestos y mediante otros recursos⁶⁴. El artículo 20° establece tres objetivos que la Corporación debe cumplir para completar esta función: otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas o comunidades indígenas cuando la superficie de las tierras sea insuficiente con aprobación de la Corporación, financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras —lo que se vincula a lo señalado en el párrafo anterior— y, por último, financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas u obras destinadas a obtener este recurso.

El Fondo es uno de los instrumentos que establece la ley para la protección de las tierras indígenas. Tiene por objeto financiar los mecanismos que permitan solucionar problemas de tierras provenientes de los títulos de merced⁶⁵ y otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado a favor de los indígenas. Para abrir el proceso, la Comunidad Indígena con personalidad jurídica vigente debe hacer llegar una solicitud a la Corporación indicando la aplicación del artículo 20° letra b) y el acta de Asamblea con quórum por mayoría absoluta de los socios vigentes. Junto a otros antecedente —entre ellos la copia de plano de división de la Comunidad, la historia de la comunidad referida a la problemática de tierras y ciertos informes técnicos— la Fiscalía de CONADI decide si la Comunidad Indígena presenta un problema de tierras abordables por el artículo 20°. Las tierras no indígenas para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos de este Fondo, tienen una prohibición de enajenación por veinticinco años desde su inscripción, pudiendo autorizarse dichos actos por el Director previo reintegro del valor del subsidio, crédito o beneficio recibido. En caso de no respetarse estos requisitos, el acto adolece de nulidad absoluta.

La organización y funcionamiento del Fondo, en un principio, se encontraba en el D.S N°395 del Ministerio de Planificación y Cooperación, publicado el 17 de mayo de 1994 que aprobó el Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, luego la Resolución Exenta N°622 el 4 de julio de 2005 lo modificó, para finalmente ser dejado sin efecto en marzo de 2006, al aprobarse un nuevo Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas por Resolución Exenta N° 235.

Otro de los mecanismos que contempla la Ley para la protección de tierras es, por ejemplo, la prohibición de enajenación, embargo o adquisición por prescripción de la casa-

⁶⁴ Los otros recursos, según el artículo 21° de la Ley, son los provenientes de la cooperación internacional donados expresamente al fondo, los aportes de dinero de particulares, los que reciba de Ministerios y otros organismos públicos y privados destinados al financiamiento de convenios específicos, las devoluciones y rentas que devenguen los bienes que ingresen al fondo. También recibe del Estado y particulares, tierras, predios, propiedades o derechos de agua para radicar, entregar títulos, realizar proyectos de colonización y reubicación de comunidades o indígenas.

⁶⁵ “Son títulos en su mayoría comunitarios extendidos a los primero radicados, vale decir indígenas que reclamaron para sí porciones de terreno en el periodo posterior a la ocupación de la Araucanía y hasta las primeras dos décadas de este siglo”. LÓPEZ, Jaime, *Las tierras indígenas en la Ley N°19.253 en Revista CUHSO* 11, p. 4.

habitación de la familia indígena y el terreno necesario su subsistencia, a pesar de la eventual autorización de la Corporación para el establecimiento de gravámenes entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. Un aspecto criticable es la distinción que el artículo 13° hace respecto a si se trata de tierras que pertenecen a una persona indígena o si pertenecen a una comunidad, pues en este segundo caso, afortunadamente se prohíbe, mientras que en el primero sus tierras podrían ser arrendadas, dadas en comodato o cedidas a terceros en uso, goce o administración por un plazo de hasta cinco años. Lo anterior, de cierto modo vulnera la comprensión de la cosmovisión y espacio físico de los pueblos indígenas, por ser un derecho colectivo sustentado en la afirmación de que la tierra constituye un elemento esencial de su cultura e identidad. El inciso tercero, además, faculta a la Corporación para autorizar la permuta de tierras indígenas de personas naturales indígenas por tierras no indígenas, siempre que se acredite su similar valor. En ese caso, las tierras indígenas se desafectarán cediendo esa calidad a las que no lo eran. Lo anterior sería ventajoso y positivo si el “intercambio” es respecto de tierras que poseen más recursos naturales, espacio y posibilidades de trabajarse, pero no lo sería si no beneficia la supervivencia, sustento y desarrollo de los pueblos.

Para cumplir esta función, la Corporación tiene un Registro Público de Tierras Indígenas de carácter permanente, en el que se inscriben todas las tierras que cumplan con lo dispuesto en el artículo 12° para que adquieran dicha calidad, y los actos o contratos que se refieran a lo señalado en el párrafo anterior. La acreditación que otorga el Registro genera efectos jurídicos “respecto de la sociedad en general, la CONADI y los propietarios indígenas, como asimismo genera obligaciones legales para otros servicios, como Conservadores de Bienes Raíces, Notarías, Tribunales de Justicia y Servicio de Impuestos Internos”⁶⁶.

El D.S N°150 del Ministerio de Planificación y Cooperación publicado el 17 de mayo de 1994, fija el Reglamento del Registro Público y Tierras Indígenas.

d) 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.

El Fondo de Desarrollo Indígena administrado por la Corporación, está regulado en el Título III “Del desarrollo Indígena”, Párrafo 1°, cuyo objeto “será financiar programas especiales dirigidos al desarrollo de las personas y comunidades indígenas”. El Fondo al parecer protege algo distinto a la tierra en su sentido estricto. Los artículos 23° y siguientes de la Ley N°19.253 se refieren a la protección del territorio, es decir, a actividades que se realicen en el espacio físico indígena y a los recursos naturales que allí se encuentren mediante planes especiales de crédito, sistemas de capitalización y otorgamiento de subsidios en beneficio de las Comunidades y personas indígenas. Por ejemplo, el artículo 23° señala expresamente que dentro de los objetivos del Fondo de Desarrollo Indígena está “financiar planes para la recuperación de la calidad de las tierras indígenas degradadas o diversificar su uso y producción” y “la obtención de concesiones y autorizaciones de acuicultura y pesca, y la compra de utensilios de pesca artesanal”. Para lograr el cumplimiento de los objetivos que

⁶⁶ CONADI, cit. (n. 52).

establece el artículo mencionado la Ley permite que la Corporación celebre convenios con otros organismos públicos o privados, con Municipalidades y Gobiernos Regionales.

Las Áreas de Desarrollo Indígena son “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”⁶⁷. Su establecimiento tiene por objeto mejorar superar la pobreza, las condiciones de vida, solucionar los conflictos de tierras y aguas, y velar por su adecuada explotación y equilibrio. Son establecidas por el Ministerio de Planificación y Cooperación, previa propuesta del Consejo Nacional de CONADI. Los requisitos que deben concurrir para que la constitución de un Área de Desarrollo Indígena son:

- 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.

Como se ha expuesto, la legislación nacional no contempla un reconocimiento expreso al territorio indígena, sin embargo esta figura podría implicar una admisión de dicho concepto y de la utilización, administración y conservación de los recursos naturales que se encuentran fuera de sus tierras o que encontrándose dentro de ellas no son susceptibles de dominio privado⁶⁸.

5. Funciones de la Corporación vinculadas al espacio costero marino de pueblos originarios

a) *Ley N° 20.249*

Las funciones analizadas en los párrafos anteriores están contenidas en el catálogo del artículo 39° de la Ley N°19.253, sin embargo no se agotan en este cuerpo legal. En agosto de 2005 —primer gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet— se inició el proyecto de ley N°20.249 que crea la figura administrativa denominada Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios. Posteriormente, en el mismo año que el Congreso aprobó el Convenio 169 de la OIT, la Ley entró en vigencia. La fuente material que motivó su creación fue que, hasta el año 2008, no había reconocimiento alguno de la titularidad que comunidades y asociaciones indígenas tenían, respecto a los espacios marinos que desde tiempos ancestrales habían utilizado. La comunidad más afectada por la omisión eran los Mapuches Lafkenche asentados en las regiones VIII, IX, X del país.

Si bien, existen dos instrumentos legales que regulan el borde costero: el Decreto con Fuerza de Ley N°340 del año 1960 sobre Concesiones Marinas y la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura, ninguna de estas normas se pronuncia acerca de la ancestral forma de vida de los pueblos indígenas en estos sectores. La Ley General de Pesca y Acuicultura protege los espacios marinos y crea áreas de manejo y explotación de recursos, las que son entregadas a pescadores artesanales sin contemplar y, por tanto, excluyendo a las

⁶⁷ Artículo 26° de la Ley N°19.253.

⁶⁸ HERVÉ, Dominique, cit. (n. 63), p. 18 y 68.

comunidades indígenas que consuetudinariamente se han asentado en el borde costero y donde, además, manifiestan su cultura, forma de vida, religión y economía.

Por lo anterior, se creó una nueva categoría jurídica denominada espacio marino costero de pueblos originarios, que comprende una “porción de agua y fondo, playa y terrenos fiscales, que han utilizado las comunidades indígenas ancestralmente (...) [La figura administrativa] atenderá, por una parte, al uso consuetudinario que se invoque para solicitar su declaración, y por otra, al uso que se pretende dar a dicho espacio por parte de la asociación de comunidades, pudiéndose comprender usos de diversa naturaleza (...) El uso consuetudinario puede comprender, entre otros, el uso extractivo, religioso, simbólico y medicinal”⁶⁹. Los titulares son asociaciones de dos o más comunidades indígenas, éstas son agrupaciones de personas pertenecientes a una misma etnia indígena que se encuentran en alguna de las situaciones que prevé el artículo 9° de la Ley N° 19.253⁷⁰. Excepcionalmente, una comunidad podrá ser titular de un espacio marino costero.

En virtud del artículo 3° de la Ley N°20.249 pueden ser declarados como espacio costero marino los bienes comprendidos en el borde costero que se encuentran bajo la supervigilancia y administración del Ministerio de Defensa Nacional y Subsecretaría de Marina en conformidad con el artículo 1° del DFL N°340/1960.

La figura administrativa se basa en cinco principios contenidos en la Ley: la exclusividad, en cuanto reconoce el uso consuetudinario de los recursos costeros por los pueblos originarios admitiendo solo como titulares del espacio costero marino a asociaciones indígenas. La voluntariedad, ya que esta figura administrativa es una alternativa a la que podrán optar libremente y que no excluye el acceso al resto de instituciones de afectación que existen en el ordenamiento jurídico. El tercer principio es la asociatividad, por cuanto los titulares del espacio costero marino son asociaciones de comunidades indígenas que consuetudinariamente han compartido uso de los recursos, y por lo mismo es gratuito — cuarto principio—. Por último, para la creación de un espacio costero marino se deben respetar los derechos legalmente constituidos a la fecha en que se solicita su declaración, para evitar conflictos con otros usuarios del borde costero⁷¹.

En la Ley N° 20.249 no hay un catálogo de funciones de la Corporación, sin embargo de su artículo 8° y siguientes, se pueden extraer las siguientes:

- a) *Emitir informe que acredite el uso consuetudinario para el establecimiento de un espacio costero marino de pueblos originarios*

Para entender el rol que cumple la Corporación en esta materia es necesario explicar brevemente como se constituyen. El procedimiento para la creación de un espacio costero marino se inicia a solicitud de una asociación de comunidades indígenas ante la Subsecretaría de Pesca, en la cual se indica el uso consuetudinario del espacio marino costero y los usos que se les pretende dar. La Subsecretaría verifica si hay concesiones de acuicultura, marítimas o áreas de manejos otorgadas a otros titulares. Si no existen el mismo órgano envía la solicitud a la Corporación para que ésta emita, en el plazo de un mes, un informe que

⁶⁹ Historia de la Ley N°20.249 que Crea el espacio costero marino de pueblos originarios, pp. 7.

⁷⁰ Las situaciones que se contemplan para la constitución de una comunidad indígena son que sus miembros provengan de un mismo tronco familiar, reconozcan una jefatura tradicional, posean o hayan poseído tierras indígenas en común o provengan de un mismo poblado antiguo.

⁷¹ Historia de la Ley N°20.249, pp. 6 y 7.

acredite el uso consuetudinario. Según el artículo 6° inciso segundo de la Ley N° 20.249 el uso consuetudinario son “las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad, según corresponda, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura”. Si el informe no acredita el uso consuetudinario, procede un recurso de reclamación ante el Ministerio de Planificación, cuyo rechazo produce el mismo resultado respecto de la solicitud.

De existir sobreposiciones o solicitudes de afectación para otros fines respecto de la misma área solicitada como espacio costero marino de pueblos originarios, se suspende la tramitación e igualmente se envía la solicitud a la Corporación para que emita su informe. Las comunidades indígenas dentro de los tres meses siguientes pueden solicitar el mismo espacio o un sector que se sobreponga a aquél. Si no lo requieren se sigue tramitando la solicitud de afectación para otros fines, sin embargo, si el informe de la Corporación acredita el uso consuetudinario, se debe preferir la solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios.

b) Consultar a las comunidades indígenas para el establecimiento de espacio costero marino de pueblos originarios

Si el informe del párrafo anterior acredita el uso, o si el Ministerio acoge el recurso, la Corporación debe consultar a las comunidades indígenas cercanas al espacio costero marino para su establecimiento, para luego remitir el resultado y las observaciones recibidas a la Subsecretaría. También, la Corporación, debe informar a la comunidad regional sobre la solicitud de del espacio costero marino de pueblos originarios, mediante mensaje radial y una publicación en un diario de circulación regional⁷².

c) Formar parte de la Comisión Intersectorial

Un representante de la Corporación junto con otros del Ministerio de Planificación, Subsecretarías de Marina y de Pesca, de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, aprueban el plan de administración del espacio costero marino de pueblos originarios que establece los usos y actividades que la asociación de comunidades indígenas desarrollará en él y verifican el cumplimiento de las disposiciones legales que se les aplica.

III. MINISTERIO DE PUEBLOS INDÍGENAS

1. Antecedentes

Como se señaló anteriormente, en enero del año 2016 la Presidenta Michelle Bachelet envió al Congreso dos proyectos de ley en materia indígena: el primero crea el Ministerio de Pueblos Indígenas y reemplaza la actual Corporación Nacional de Desarrollo Indígena o CONADI por el Servicio Nacional de Indígenas, derogando también ciertas normas de la Ley N°19.253. Por su parte, el segundo proyecto crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas. En el mensaje de ambos la Presidenta reconoce que la política indígena nacional sigue siendo una tarea inconclusa y que es necesaria una nueva institucionalidad

⁷² Artículo 8° inciso cuarto de la Ley N° 20.249.

que solucione de manera definitiva los problemas indígenas, otorgándoles una mayor inclusión y coordinación en las políticas públicas a sus comunidades y miembros⁷³.

La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado en su artículo 19° define a los Ministerios como órganos superiores de colaboración del Presidente de la República con funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los que corresponden a los campos específicos de actividades donde deben ejercer sus funciones. Con la creación de un Ministerio Indígena se está elevando al más alto nivel dentro de la estructura del Estado, la situación de los derechos de los pueblos originarios⁷⁴.

Al ser una política pública administrativa que afecta o vincula de manera directa a los Pueblos Indígenas, para ser respetuosos del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT —que señala que los gobiernos deben consultarles las medidas con esas características mediante procedimientos apropiados a través de sus instituciones respectivas—, el Gobierno en septiembre de 2014, a través del Ministerio de Desarrollo Social, inició un proceso de consulta a las nueve etnias indígenas reconocidas en el artículo 1° inciso segundo de la Ley N°19.253. Según lo señalado en el Boletín N° 10686-06 el proceso de consulta previa duró seis meses contemplando cinco etapas: planificación, entrega de información, deliberación interna, diálogo y sistematización de la información⁷⁵. De este modo, la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas cuenta con la aprobación y respaldo de los sujetos a los representa y protege.

Sin duda, lo más destacable del proyecto de ley es que reconoce y protege a los indígenas como “pueblos” reconociendo sus derechos ya no solo desde una perspectiva individual, sino también colectiva, con un especial énfasis en el respeto hacia los “valores tradicionales, elementos de significación cultural y cosmovisión simbólica, fuentes prácticas, y los procedimientos propios y culturalmente pertinentes de cada pueblo indígena”⁷⁶.

2. Naturaleza, funciones y atribuciones del Ministerio de Pueblos Indígenas.

El proyecto de ley define al Ministerio de Pueblos Indígenas como la “Secretaría de Estado encargada de colaborar con el (la) Presidente(a) de la República en el diseño, coordinación y evaluación de las políticas, planes y programas destinados a promover y fortalecer los derechos de los pueblos indígenas, su desarrollo económico, social y cultura, procurar la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria contra los pueblos, comunidades y personas indígenas”⁷⁷.

De lo citado se puede extraer que la función principal del Ministerio es la creación de políticas públicas indígenas. Por ser un órgano administrativo que debe tener una relación directa con los pueblos indígenas, el proyecto reconoce expresamente su participación en esta función a través de los Consejos de Pueblos Indígenas y del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas, a diferencia de la Ley N°19.253 que solo establece la facultad del Consejo para

⁷³ BACHELET, Michelle, *Mensaje N° 059-364*, en *Boletín N°10687-06* (2016), p. 1, disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11108&prmBoletin=10687-06/>, consultado el 2 de junio 2016.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ BOLETÍN N° 10687-06, *Proyecto de ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas*, (2016), p. 2.

⁷⁶ BACHELET, Michelle, cit. (n.73), p. 6.

⁷⁷ BOLETÍN N° 10687-06, cit. (n.75), p. 11.

asesorar el órgano pertinente sin ningún carácter vinculante para él. El mensaje de la Presidenta Michelle Bachelet —e implícitamente el mismo proyecto— admite que los instrumentos legales y reglamentarios de nuestro país son ineficaces en la implementación de los derechos y deberes que establece el Convenio 169 de la OIT, especialmente respecto del derecho de consulta que tienen los pueblos originarios en todas las materias que les influyan, ya sea de forma directa o indirecta. La directriz del proyecto es el respeto por el Convenio 169, tanto en las funciones del Ministerio como para todos los órganos de la Administración del Estado.

El proyecto avanza aún más en el respeto al derecho de consulta previa, ahora dentro de la misma Administración. Uno de los objetivos del Estado, y por tanto del proyecto, es la coordinación y sistematización de todos sus órganos, para lo cual el Ministerio deberá asesorar a los demás organismos de la Administración del Estado en los procesos de consulta previa y remitirlas al Comité Interministerial sobre Pueblos Indígenas. El Comité sería un órgano que colaboraría con el Ministro en la elaboración y evaluación de políticas y programas para el desarrollo indígena. Además, resolvería con carácter vinculante las solicitudes de procedencia de consulta previa que deriven de otros organismos de la Administración. Esta medida aseguraría una real participación de los pueblos originarios, ya que un ente especializado en el tema sería el encargado de resolver las dudas o consultas susciten en el proceso de creación de políticas indígenas, teniendo en cuenta la cosmovisión de los mismos, los derechos que les asisten y sus verdaderas necesidades; en la medida que el órgano administrativo sepa realmente cuáles son, podrá satisfacerlas de la forma más eficaz y eficiente.

En cuanto a su organización, en la cúspide se encuentra el Ministro, por debajo se encuentra su colaborador inmediato y jefe del servicio: el Subsecretario, y por último las Secretarías Regionales Ministeriales en todas las regiones del país que dependen técnica y administrativamente del Ministerio.

De aprobarse el proyecto se reemplazaría la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena por el Servicio Nacional de los Pueblos Indígenas, modificando todos los preceptos legales en que ese organismo es mencionado. No obstante, las funciones que fueron expuestas en el capítulo segundo de este trabajo, no variarían sustancialmente. El proyecto añade el Registro Especial de Calidad Indígena que tendría relación con la primera función de la Corporación. También deroga los artículos vinculados al Consejo Nacional de la Corporación, pero éste se mantendría hasta la entrada en funcionamiento del Servicio, ya que como se dijo en algunos párrafos anteriores, junto con su creación y la del Ministerio se establecen nueve Consejos de Pueblos Indígenas. Estos Consejos serán “corporaciones de derecho público de carácter autónomo, representativo, participativo y de consulta cuyo objeto será representar los intereses, necesidades y derechos colectivos de los pueblos indígenas ante los organismos del Estado”⁷⁸. De este modo, cada pueblo indígena reconocido por la Ley N°19.253 contará con un Consejo compuesto de hasta treinta y cinco miembros de la comunidad respectiva que los represente en la creación de políticas públicas indígenas y en las consultas pertinentes para llevarse a cabo.

⁷⁸ BACHELET, Michelle, *Mensaje N° 1594-363 que inicia un proyecto de ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas*, (2016), p. 5.

El proyecto de ley también crea el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas, con la misma naturaleza que el enunciado en el párrafo anterior, pero que agrupa hasta dos representantes de cada uno de los Consejos de Pueblos Indígenas y cuyo domicilio se situará en Santiago.

El proyecto de ley que crea ambos Consejos “entrará en vigencia en la misma fecha en que inicie sus funciones el Ministerio de Pueblos Indígenas, o a contar de la fecha de publicación de la presente ley, en el caso de que ésta última sea publicada con posterioridad a la ley del Ministerio de Pueblos Indígenas”⁷⁹.

CONCLUSIÓN

Conforme a lo expuesto, se puede afirmar que Chile es un Estado multicultural, pues en su territorio se pueden apreciar fenómenos sociales que implican la coexistencia o convivencia de personas y asociaciones con culturas distintas. Si bien, la Constitución de la República nada señala al respecto no puede pasarse por alto esta diversidad social compuesta por distintos grupos, entre ellos uno de los más excluidos, los pueblos indígenas. Su aproximación desde una perspectiva analítica no es sencilla, primero porque no hay un consenso acerca de una definición propiamente tal acerca de lo que se debe entender por indígenas, y segundo porque el concepto que adoptemos condiciona la regulación jurídica que recae sobre ellos, los derechos y obligaciones que adquieren y la responsabilidad del Estado en su reconocimiento, creación y en la ejecución de políticas que adopte para su protección.

Actualmente se pueden nombrar instrumentos jurídicos internacionales que resguardan a los pueblos indígenas, sin embargo su regulación es reciente; en 1957 se adopta el primer instrumento jurídico internacional vinculante para los Estados que aprueban el Convenio 107 de la OIT, organismo que constató la vulnerabilidad que afectaba a los pueblos indígenas en distintos ámbitos de sus vidas. Sin embargo, este instrumento fue solamente declarativo, pues sus disposiciones eran más bien recomendaciones para que cada Estado adoptara medidas de protección y respeto a los indígenas del modo en que aquéllos lo estimaran conveniente de acuerdo a su legislación nacional. Fue un instrumento que, lamentablemente, promovió la asimilación o integración cultural y que no reconoció a las asociaciones indígenas como pueblos, sino como meras poblaciones sin derecho a la autodeterminación. En 1989 fue reemplazado por el Convenio 169 de la OIT todavía vigente y que ha sido ratificado por veintidós Estados.

A diferencia de su antecesor, el Convenio 169 reconoce a las asociaciones indígenas como pueblos, los hace titulares de derechos colectivos como la autodeterminación, empleo, salud, consulta, representación y participación en los asuntos que les afecten. Chile lo aprobó el año 2008, pero ingresó al Congreso a principios de la década del '90, demorándose más de veinte años en ser aprobado lo que demuestra la exigua importancia y prioridad de los pueblos indígenas en el país.

Por lo anterior, se puede sostener que Chile es un Estado en el que todavía impera el principio de asimilación cultural del Convenio 107 y que, a diferencia de sus países

⁷⁹ Artículo cuarto transitorio. Disposiciones Transitorias del proyecto de ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas, p. 19.

colindantes, tiene regulación jurídica indígena sumamente retrasada; no hay siquiera una mención de los pueblos indígenas en la Constitución, la ley más importante en esta materia —Ley N°19.253— no les otorga dicha calidad y todos sus derechos encuentran su límite en la “soberanía del pueblo chileno” entendiendo por éste la sociedad no indígena. La importancia del reconocimiento constitucional radica en que, escrita o no, la Carta Fundamental es la norma de más alto nivel en los ordenamientos jurídicos, pues su contenido determina la estructura, funcionamiento y organización del Estado y los derechos fundamentales de las personas y los cuerpos intermedios de la sociedad. Por el Principio de Supremacía Constitucional, la Constitución es la base que le da validez a todas las demás normas que integran el sistema jurídico⁸⁰. Si ella no reconoce expresamente la existencia de los pueblos indígenas asentados en territorio chileno, difícilmente se puede lograr un respeto real y efectivo hacia ellos en una sociedad cuyo acervo cultural no se caracteriza por la tolerancia a la diversidad.

Antes de la Ley Indígena no había una regulación jurídica que reconociera de manera sistemática y coordinada la existencia y derechos de los pueblos indígenas asentados en Chile, ni las obligaciones y deberes del Estado en esta materia. La Ley N°19.253 sustenta toda la regulación indígena, pues señala lo que el ordenamiento jurídico entiende por ellos —a pesar de que no los consagre como pueblos—, sus comunidades y asociaciones. Lamentablemente quedan sometidos a una regulación externa que impone y define los requisitos que deben verificarse para que sean reconocidos como tales vulnerando, de cierto modo, el derecho a la autodeterminación. He ahí la importancia de la participación de representantes indígenas en la definición y promoción de políticas públicas para que éstas regulen de modo eficiente y eficaz la especial forma de vida de los pueblos originarios en consonancia con la cosmovisión, tradición y cultura de los mismos. Muy difícilmente se podría permitir una regulación indígena al margen del principio de juridicidad o legalidad en un Estado Unitario, por lo cual se debe asegurar que las normas jurídicas impuestas por el Poder Constituyente contribuyan a la mayor realización espiritual y material de los pueblos indígenas.

Una vez que las personas o comunidades acrediten su calidad indígena el ordenamiento les reconoce la titularidad de ciertos derechos o libertades. La Ley N°19.253 reconoce a los pueblos indígenas el derecho de mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales siempre que no se opongan a la moral, buenas costumbres y orden público, la prohibición de discriminación manifiesta e intencionada, el derecho a una educación intercultural bilingüe. Éste es sumamente importante, porque asegura una verdadera comprensión de los conocimientos entregados por los establecimientos educacionales, permite la manifestación de sus tradiciones y se garantiza efectivamente su preservación. Asimismo, la Ley reconoce el derecho de participación indígena, en cuanto impone a los servicios de la Administración del Estado “escuchar y considerar” sus opiniones. La Ley N°20.249 crea la figura administrativa “espacio costero marino de pueblos originarios” reconociendo el uso consuetudinario de las comunidades indígenas en esos sectores.

Desafortunadamente, la Ley N°19.253 no otorga una protección absoluta a las tierras indígenas; los mecanismos de protección que se expusieron en el capítulo segundo, pueden

⁸⁰ CORDERO, Eduardo, *Principios generales del derecho público en Curso de Integración de Derecho Público* 1, (2016), p. 3.

eludirse con la autorización del organismo correspondiente, como allí se señaló. En su regulación prima el valor económico o comercial y la concepción de propiedad privada. La Ley tampoco las consagra expresamente como territorio, a diferencia del Convenio 169 de la OIT.

En materia orgánica la Ley N°19.253 constituye un avance en cuanto crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, primer servicio público encargado de definir las políticas públicas, planificar y coordinar la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas. En un principio, es destacable que la dirección superior esté a cargo de un Consejo compuesto por representantes indígenas, entre otros, sin embargo, que la Ley no exija un representante por cada etnia indígena que ella misma reconoce impide una autentica participación y representación, vulnerando el Convenio 169 de la OIT, la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas y, hasta, la misma Ley N°19.253. La falta de representación de los pueblos originarios no se limita al poder ejecutivo o administrativo, sino que se extiende también al legislativo, pues en el Congreso Nacional no hay ningún diputado o senador que represente a la comunidad indígena. El establecimiento de una cantidad fija de cupos parlamentarios reservados a representantes indígenas elegidos en distritos indígenas especiales y en elecciones generales, solucionaría el problema anterior.

Respecto a las funciones de la Corporación, éstas son bastante amplias; deben proteger a los pueblos indígenas fiscalizando que todos los derechos mencionados en los párrafos anteriores se respeten por el Estado y la sociedad, emitir informes cuando otros órganos administrativos, judiciales o legislativos lo soliciten y autorizar ciertos actos jurídicos cuando la ley expresamente lo requiera. Si bien, es indudable la excepcional contribución de la Corporación en la protección de los pueblos indígenas en Chile, no da abasto con todos los problemas que los aquejan. No hay una solución eficaz del Estado al problema de exclusión, marginalización, discriminación y pobreza, cuya tasa en los últimos años se ha elevado a un 31%, casi un tercio de la población indígena.

Urge la aprobación del proyecto de ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas, el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas, pues ambos se ajustan a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, a diferencia de la regulación jurídica indígena actual y elevan al más alto nivel de la estructura administrativa del Estado la situación de los pueblos indígenas.

BIBLIOGRAFÍA

A. Fuentes normativas

Constitución Política de la República.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Ley N°18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley N°19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

Ley N°20.249 que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios.

B. Monografías

AYLWIN, José, *El concepto de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas en el derecho internacional*, (extracto del peritaje presentado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.313, 2005).

ANAYA, James, *El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración*, en CHARTERS Claire y STAVENHAGEN Rodolfo (a cura di), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, (Copenhague, IWGIA, 2010).

BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo General*², (Santiago, Thomson Reuters, 2011).

BERMÚDEZ, Jorge; HERVÉ, Dominique, *La jurisprudencia ambiental reciente: Tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas*, en COUSO, Javier (a cura di), *Anuario de Derecho Público 2013* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013).

BERRAONDO, Mikel, *Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente*, en BERRAONDO, Mikel (a cura di), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (España, Instituto Derechos Humanos, 2006).

DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, (Madrid, Editorial Tecnos, 1997).

HERVÉ, Dominique, *Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales*, en CONTESSE, Jorge (a cura di), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012).

LAHERA, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas*, (Chile, Fondo de Cultura Económica, 2002), p. 4

MIDEPLAN, División Social, *Análisis de los resultados de la encuesta de caracterización socioeconómica nacional* (Santiago de Chile, 2006).

OLAVARRÍA, Mauricio, *Conceptos básicos en el análisis de políticas públicas*, (Chile, INAP, 2007).

QUIJANO, Aníbal, *Movimiento indígena y las cuestiones pendientes en América Latina*, (Chiloé, CESCH, s/a).

SALGADO, Juan Manuel; GOMIZ, María Micaela, *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino* (Argentina, Neuquén, 2010).

SANHUEZA, Cristián; SABER, Daniel; CAVALLERO, James; CONTESSE, Jorge; RODRIGUEZ, César, *No nos toman en cuenta* (Santiago, Ediciones UDP, 2013).

ZALAUQUETT, José, *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, (Santiago, Universidad de Chile, 2008).

C. Artículos en Revistas

CARBONELL, Miguel, *La Constitucionalización de los Derechos Indígenas en América Latina: Una aproximación Teórica*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 108 (2003).

DONOSO, Sebastián, *Chile y el Convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro*, en *Temas de la Agenda Pública* 3 (2008), 16.

DOVE, Michael, *Indigenous People and Environmental Politics* en *Annual Review of Anthropology* 35 (2006).

GREENE, Shane, *Indigenous People Incorporated?: Culture as Politics, Culture as Property in Pharmaceutical Bioprospecting* en *Current Anthropology* 45 (2004), 2.

BARSH, Russel, *Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law* en *The American Journal of International Law* 80 (1986), 2.

MONTECINOS, Egon, *Democracia y Multiculturalismo: ¿son compatibles los derechos de las minorías con los principios orientadores de la democracia liberal?*, en *Alpha* 20 (2014).

RAVEST, Maximiliano, *El reconocimiento de los pueblos indígenas en los textos constitucionales. Breve análisis del derecho comparado*, en *Revista Derechos y Humanidades* 17 (2011).

ROMÁN, Andrés, *Hacia el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile*, en *Revista de Derechos Fundamentales* 11 (2014).

STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los Derechos Indígenas: algunos problemas conceptuales*, en *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 3 (1995).

D. Memorias

ARTEAGA, Andrés, *Los Derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento internacional: La Declaración de las Naciones Unidas* (Concepción, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2007).

CORTINA, Adela, *Ciudadanos del Mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, (Barcelona, 1997), p. 171, cit. por ROJAS, Hugo, *El principio de la multiculturalidad*, (Valparaíso, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2001).

FOITZICK, Macarena, *Convenio N°169, su proceso de aprobación legislativa en Chile y pronunciamiento del Tribunal Constitucional* (Santiago, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2004)

LÓPEZ DE MATURANA CASTILLO, Andrea; ROGERS, Sebastián, *El Convenio 169 de la OIT y la consulta indígena* (Santiago de Chile, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2013).

MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, *Territorio y autonomía de los pueblos originarios en Chile* (Santiago de Chile, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, 2013).

ROJAS, Hugo, *El principio de la multiculturalidad*, (Valparaíso, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2001).

ROJAS, Patricio, *Análisis conceptual del derecho a la tierra de los pueblos indígenas según el derecho internacional*, (Valparaíso, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013).

E. Medios electrónicos

ALSTON, Philip, *Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre extrema pobreza y derechos humanos* (Santiago de Chile, ONU, 2015), disponible en: <http://acnudh.org/declaracion-del-relator-especial-de-las-naciones-unidas-sobre-extrema-pobreza-y-derechos-humanos-philip-alston/>, consultado el 29 de agosto de 2016.

CORPORACIÓN NACIONAL DE DESARROLLO INDÍGENA, *Facultades, funciones y atribuciones de sus unidades u órganos internos*, disponible en: http://www.conadi.gob.cl/gobiernotransparente/transparencia/facultades_2011.html), consultado el 23 de agosto de 2016.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Acerca de la OIT*, disponible en: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm>), consultado el 20 abril de 2016.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/Pages/Declaration.aspx>, consultado el 2 junio de 2016.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pueblos Indígenas*, disponible en: <http://www.onu.cl/onu/pueblos-indigenas/>, consultado el 2 junio de 2016.

SENADO, *Noticias*, (Chile, 2013), disponible en: http://www.senado.cl/comision-bicameral-revisara-declaracion-de-la-onu-sobre-derechos-indigenas/prontus_senado/2013-03-28/155824.html, consultado el 4 junio de 2016.

F. Jurisprudencia

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, sentencia del 21 de agosto de 2001, párr. 149.

Requerimiento Formulado por Diversos Diputados para que el Tribunal Resuelva la Constitucionalidad del Convenio N°169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, 2000. Tribunal Constitucional, 04 de agosto de 2000. Rol: 309-2000. Cons.44°.