



Reconocimiento del pueblo selk'nam

Antecedentes y análisis de los alcances legales del proyecto de ley

Autores

Matías Meza-Lopehandía G.
mmezalopehandia@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3965

Felipe Rivera Polo
frivera@bcn.cl
Tel.: (56) 2 270 1777

Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley Modifica la ley N° 19.253, con el fin de incorporar al pueblo Selk'nam entre las principales etnias indígenas reconocidas por el Estado (Boletín N° 12.862.17)

N° SUP: 123721

Resumen

El proyecto analizado propone incorporar al pueblo selk'nam a la lista de "etnias principales" reconocidas por el Estado de Chile en la Ley N° 19.253.

La evidencia histórica muestra cómo el pueblo selk'nam fue víctima de una situación de extrema de violencia, desarraigo y aniquilación, que puede ser calificada como un genocidio. Esto llevó a historiadores, antropólogos, religiosos, estancieros y, finalmente al Estado, a declarar la extinción del pueblo selk'nam.

En los últimos años, han surgido nuevas formas de entender la persistencia y sobrevivencia de los pueblos fueguinos, más allá de paradigmas raciales y culturalistas, construidas a partir de la memoria del sufrimiento. Desde ahí se ha criticado la idea de extinción y se ha visibilizado la historia oculta de las y los sobrevivientes y su descendencia.

La legislación chilena establece criterios objetivos de reconocimiento colectivo: (i) la descendencia de grupos precolombinos; (ii) la continuidad cultural; y (iii) la relación identitaria con la tierra. Por su parte, el Convenio 169 agrega como elemento fundamental, la autoidentificación colectiva. Esto último, sumado a otras disposiciones del Convenio, podría requerir del consentimiento del pueblo concernido.

La inclusión del pueblo selk'nam en la lista contenida en la Ley 19.253 constituiría al menos una economía administrativa en el sentido que no será necesario comprobar la concurrencia de los criterios objetivos de reconocimiento cada vez que se pretendan ejercer los derechos asociados a la calidad de indígena, que incluyen derechos territoriales, de participación y culturales, entre otros. Además, tiene un innegable potencial simbólico que puede tener dimensiones reparatorias.

Introducción

El presente informe analiza el contenido y alcance del Proyecto de Ley que modifica la Ley de Desarrollo Indígena (LDI) N° 19.253 de 1993, en orden a reconocer al pueblo selk'nam como etnia indígena de Chile (boletín N° 12.862-17) y entrega algunos elementos para la discusión legislativa.

Este documento sigue la estructura y, en lo pertinente, el contenido de un informe anterior de los mismos autores, relativo al proyecto de ley que propone la inclusión del pueblo chango en términos similares.¹ La primera parte contiene un breve análisis del proyecto y su tramitación, incluyendo una exposición de sus fundamentos. Luego se traza el origen diverso de los relatos sobre la supuesta extinción del pueblo selk'nam, y se informa sobre las críticas que han surgido a esta noción, a partir de nuevos paradigmas de etnicidad, contruidos a partir del rescate de la memoria de los sobrevivientes y su descendencia. Luego se describe el modo en que el ordenamiento jurídico chileno reconoce a los pueblos indígenas, y los posibles efectos de la inclusión del pueblo selk'nam en la LDI.

I. Breve análisis de los proyectos de ley y su tramitación

El proyecto de ley propone modificar la Ley N° 19.253 de Desarrollo Indígena de 1993 (LDI), incorporando al pueblo selk'nam en la lista contenida en el inciso segundo del artículo 1 de dicho cuerpo legal. De esta manera, de aprobarse el proyecto, la mencionada disposición quedaría redactada del siguiente modo:

Artículo 1°. [...] El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes, *así como al pueblo Selk'nam*. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores [...].

Como puede apreciarse de la simple lectura, la propuesta se aparta de la redacción de la norma que pretende modificarse y opta por referirse a los selk'nam como "pueblo", en vez de "etnias" o "comunidades". El proyecto no explica por qué adopta esta nomenclatura, ni se hace cargo del alcance de la distinción. En cualquier caso, cabe mencionar que existe una tendencia general en este sentido, empujada desde el derecho internacional de los derechos humanos² y recogida por los organismos nacionales.³ En efecto, el proyecto de ley que reconoce al pueblo chango, actualmente en segundo trámite constitucional en el Senado, también utiliza el concepto "pueblo".⁴ Ahora bien, la Ley N° 20.117 de 2006, que incorporó al pueblo diaguita al mismo inciso de la Ley 19.253 que se pretende modificar,

¹ BCN, 2018a.

² Cfr. Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, especialmente sus artículos 3 y 4.

³ Por ejemplo, la guía del Consejo Nacional de Cultura y las Artes (CNCA) con recomendaciones para nombrar y escribir sobre pueblos indígenas señala que "[l]a ley indígena chilena (de 1993) ocupa el término "etnias" y habría consenso que se trata de un error y de la falta de voluntad en esos años de ocupar el término correcto: **pueblos indígenas**." (CNCA, s.f.; negrita en el original). También la más reciente Ley N° 20.249 de 2008 (Ley Lafkenche), se refiere a los "pueblos indígenas, y no a las comunidades ni a las etnias.

⁴ Oficio N° 13.586 del 25 de octubre de 2017. Del Presidente de la Cámara de Diputados al Presidente del Senado. Disponible en: <http://bcn.cl/25lyi> (enero, 2020).

lo hizo sin calificarlo como pueblo, por lo que quedó bajo la nomenclatura de "comunidades", como se aprecia en el texto arriba citado.

En cuanto a los fundamentos de la iniciativa, los autores aluden a la antigüedad del asentamiento selk'nam en la Isla Grande de Tierra del Fuego, y a las principales características de su cultura y cosmovisión. Asimismo, refieren a las condiciones a las que fueron sometidos durante el siglo XIX, las que califican como genocidio, del cual el Estado de Chile habría sido al menos cómplice por omisión. También se menciona el modo en que las costumbres selk'nam habrían sobrevivido al exterminio y al mestizaje forzado, incluyendo parte de su lengua, costumbres, gastronomía y memoria.

La iniciativa alude al rol protagónico de la Comunidad Covadonga Ona en el esfuerzo por reconstruir el vínculo con sus ancestros selk'nam. Además, recuerda que ha sido el propio Estado que los ha incluido en procesos de consulta indígena, y ha destinado recursos para realizar "estudios de Relatos Orales y Genealógicos, para la determinación de la existencia de patrones culturales, memoria y líneas genealógicas Selk'nam entre los miembros de la Comunidad Covadonga Ona", los que habrían arrojado resultados positivos.⁵ Los redactores invocan los resultados del censo de 2017. En este 28.115 personas se habrían identificado como pertenecientes a pueblos indígenas no reconocidos en la Ley 19.253 de 1993 (categoría "otro"). Conforme a la información que habría entregado el Instituto Nacional de Estadística, 1.444 de estas personas se habrían auto-identificado como selk'nam. Asimismo, se enumeran organizaciones sociales e indígenas que han reconocido a la Comunidad Covadonga Ona, incluyendo a la Comunidad Selknam Rafaela Ishton, reconocida legalmente en Argentina, y municipios que han izado su bandera junto con las de otros pueblos indígenas.

Finalmente, el proyecto destaca la disposición de los descendientes selk'nam a someterse a los estudios necesarios para que el Estado les de el debido reconocimiento, tal como se ha hecho anteriormente con los diaguitas y los changos.

II. Los selk'nam

1. Los antiguos selk'nam

Selk'nam es el nombre del pueblo originario del extremo sur de Chile y Argentina, también conocido como Ona. Históricamente habitaron la Isla Grande de Tierra del Fuego, tanto las estepas (norte de la isla) como los bosques (sur de la isla). Eran cazadores y recolectores nómadas, siendo su principal fuente de sustento la caza del guanaco y la recolección de frutos silvestres, conformando una economía de subsistencia familiar.⁶ Su organización social, económica, política y religiosa se basaba en clanes familiares (patrilineal) y con una fuerte noción de territorialidad (patrilocal) respecto a las delimitaciones del espacio pertenecientes a cada clan.⁷

⁵ Moción Parlamentaria, 2019:2.

⁶ Martín Gusinde (1951:171) relata que los "miembros de cada familia, más exactamente: hombre, mujer e hijos, constituyen en el sostenimiento de la casa una cerrada comunidad de trabajo, que existe y labora con independencia de las demás. No hay diferencias de clases bajo el punto de vista del trabajo, ni bajo otras consideraciones, así como tampoco se encuentran sometidos los miembros de la tribu a una autoridad superior común".

⁷ Sobre el carácter patrilineal, Chapman (1986); sobre el patrilocal, Massone, Hackson y Prieto (1993:18).

Su territorio fue descrito por diversos expedicionarios, marinos y misioneros como una región de clima severo y hostil, donde sus habitantes eran señalados como “pueblos salvajes que se manifestaban reacios a la civilización”.⁸ La presencia del Estado chileno en dicha zona, se remonta a la fundación del Fuerte Bulnes (1843) y de Punta Arenas (1848), que dió inicio al proceso colonizador republicano. Por las complejidades geográficas y climáticas de dicha zona, la presencia del Estado fue débil, por lo que la política de ocupación territorial se desarrolló a partir de 1878 mediante la expansión de intereses comerciales basados en la concesión a particulares de territorio para la actividad ganadera y la conformación de estancias.

Como señala la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato del año 2003, las estimaciones respecto a la población Selk'nam hacia fines del siglo XIX, era de unos 3.500 a 4.000 personas, donde aproximadamente la mitad residía en territorio chileno. Fruto del modelo de ocupación del territorio de Tierra del Fuego mediante la ganadería, los intereses estancieros colisionaron con la forma de vida nómada de los selk'nam, lo que se tradujo en una serie de abusos cometidos por los nuevos propietarios contra los indígenas. Estos incluyeron feroces matanzas de selk'nam por parte de los estancieros, deportaciones masivas a las misiones salesianas, abusos sexuales y explotación como mano de obra esclava.⁹ Esto se suma a la propagación de enfermedades como la tuberculosis, sífilis y sarampión,¹⁰ que diezmaron aún más la población Selk'nam y las disputas internas que generó en este pueblo ver reducidas sus tierras y fuentes de subsistencia. Todo ello terminó por destruir el equilibrio que los selk'nam habían establecido en relación a su entorno.¹¹ En efecto, un poco más de dos décadas después de comenzado el proceso colonizador ganadero, los selk'nam con su forma de vida habrían sido prácticamente eliminados de Tierra del Fuego.

Esta situación extrema de violencia, desarraigo y aniquilación, llevó a historiadores, antropólogos, religiosos, estancieros y, finalmente, al Estado a declarar extinto al pueblo selk'nam.

La idea de la extinción, se consumó oficialmente por el Estado de Chile el año 2003, cuando la Comisión por la Verdad Histórica y el Nuevo Trato (CVHNT) señaló que “en las últimas décadas del siglo diecinueve y las primeras del siglo veinte, la política de concesiones del Estado, la introducción del ganado lanar en las estepas del sur del mundo, condujeron a la eliminación física de [...] la totalidad de los Selk'nam”.⁹

Esta idea de *exterminio* selk'nam, no debe ser confundida con la noción de *genocidio* selk'nam que también fue reconocido oficialmente en el informe de la CVHNT,¹² y en un proyecto de ley actualmente en primer trámite constitucional.¹³ La primera supone la desaparición física de un pueblo, mientras la segunda se refiere al intento de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso.¹⁴ En otras palabras, no siempre el genocidio supone el exterminio de un pueblo.

⁸ Martinic, 1992:28.

⁹ Bascopé, 2019.

¹⁰ Casali y Guichón, 2010.

¹¹ Massone, Jackson y Prieto, 1983.

¹² CVHNT, 2003.

¹³ Se trata de el proyecto contenido en el Boletín N° 11.017-07, que busca reconocer legalmente el genocidio selk'nam, aónikenk, yagán y kawésqar.

¹⁴ Desde el punto de vista del derecho penal internacional, solo existe genocidio cuando existe la intención de provocar tal destrucción. Así lo establece el Estatuto de Roma: "Artículo 6. Genocidio A los efectos del presente Estatuto, se entenderá

2. El origen de los discursos sobre la desaparición de los selk'nam

La popularización, aceptación y, finalmente, el reconocimiento oficial del Estado de la teoría del exterminio selk'nam, no ha impedido que investigadores y estudios empíricos hayan criticado esta idea y su carácter de oficial. Para comprender estas críticas es necesario conocer desde donde se construyeron los relatos respecto a la extinción selk'nam.

El relato más extendido de la extinción es el generado desde la antropología e historia. Estas disciplinas, imbuidas de una impronta teórica culturalista que entendía la cultura de los pueblos nativos como original, pura, carente de influencia externa (incluso biológica), vieron en la catástrofe democrática selk'nam, su desterritorialización, aculturación y mestizaje, la evidencia inequívoca de su extinción. Bajo esta lógica, el exterminio se transforma en patrimonio en tanto imposibilidad de continuidad de lo original, “el genocidio es codificado por la noción de deuda histórica y deviene así patrimonio, y más precisamente patrimonio moral de un sujeto acreedor de la deuda”.¹⁵ De ahí la recurrente y persistente figura del *último selk'nam* como objeto de estudio y resguardo museográfico. De esta forma, para el discurso científico, la extinción representaba el reclamo por la desaparición de los rasgos (culturales y biológicos) diferenciales y auténticos de estos sujetos en proceso de extinción.

Otro relato relevante ligado a la idea de exterminio es el religioso. La creación de dos misiones en la zona, una en Tierra del Fuego en el lado argentino (Misión La Candelaria, 1893) y otra la Isla Dawson, en Chile (Misión San Rafael, 1889), buscó garantizar el asilo y protección de los indios fueguinos de las matanzas y el trabajo forzado. Para tal efecto, como señala Bascopé, los religiosos salesianos tomaban en tuición a los indígenas, lo que implicaba transformarse en los representantes de los nativos, atribuyéndoles la condición de infantes, incapaces de auto representarse ni ser actores políticos.¹⁶ Bajo esta lógica, “los misioneros reclamaban la sustancia precultural de la inocencia infantil, el capital de almas que subyacía a los modos del ser salvaje”.¹⁷ Desde esta perspectiva, los que sobrevivían y llegaban a adultos integrándose al mundo “civilizado” mediante el trabajo productivo, la adopción por parte de familias cristianas, o mestizados con población chilena o argentina, perdían su condición de indígena puro.

Un tercer discurso sobre el exterminio, es el que proviene del modelo ganadero de colonización de Tierra del Fuego. Bajo esta lógica, la competencia por recursos y el resguardo de las inversiones (ovejas), sumado a la ausencia del Estado, transformaba al selk'nam y los otros nativos de la región en un factor asimilado a un problema animal. De esta manera, el “'Indio' no era entonces una categoría etnológica, sino una operación pre-legal que, indefiniendo la humanidad de una población, aseguraba el poder de administrarla”, tanto su vida (mano de obra, satisfacción sexual, etc.) como su muerte (por resguardo de las ovejas).¹⁸ La extinción, bajo esta lógica, es el triunfo inevitable del avance de la

por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) aislado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo."

¹⁵ Menard, 2017:338.

¹⁶ Bascopé, 2011.

¹⁷ Menard, 2017:339

¹⁸ Bascopé, 2011:6.

civilización, pues los colonos “consideraban que con su presencia llevaban a cabo una labor civilizadora y en pos del progreso, al hacer producir un territorio enorme y supuestamente virgen. Dicha labor era amparada por la autoridad y las leyes del Estado, respecto a la propiedad; en este contexto los indígenas solo eran un obstáculo que debía ser superado”.¹⁹

Por último, el discurso de la extinción enarbolado por parte del Estado, viene dado por la idea de que el colonialismo de asentamiento destruye para reemplazar,²⁰ es decir, donde había salvajes sin Estado devienen ahora en ciudadanos chilenos.²¹ Así, el exterminio es condición necesaria para la realización política de un Estado que se piensa como unitario, es decir, como un Estado y una nación: “los sobrevivientes, mujeres y niñas las más, tuvieron que sufrir lo imposible para dejar de ser lo que eran. Y convertirse, entre otras cosas, en chilenas y argentinas”.²²

A modo de corolario, puede plantearse que el exterminio representa un discurso ideológico que ve en la posibilidad de la sobrevivencia del pueblo selk’nam, un riesgo para los intereses o formas de ordenar (comprender) el mundo de quienes lo producen.

3. La crítica y revisión de la noción de exterminio

En la última década han surgido una serie de estudios y trabajos de desclasificación de archivos, que han permitido una rica reflexión y discusión crítica respecto de la idea de exterminio y los límites de la noción de pueblo originario. A este respecto, han surgido nuevas formas de entender la persistencia y sobrevivencia de los pueblos fueguinos que, como señala Bascopé, mediante una supervivencia fenotípica o genotípica de niños y mujeres fuera de las misiones, o identificando la persistencia y continuidad de modos de producción (cazadores) más allá de la naturaleza racial de sus actores,²³ ha posibilitado no solo criticar la idea de exterminio, sino también, hacer visible una historia oculta respecto del destino de los y, preferentemente las, sobrevivientes.

Quienes sobrevivieron a la violencia colonial ganadera, corrieron destinos múltiples. Estos destinos quedaron inscritos en diversos archivos, tanto gubernamentales (policiales, judiciales, administrativos, etcétera), religiosos (archivos de las Misiones), como periodísticos y de particulares (estancias, memorias, viajeros, entre otros). Diversos investigadores han comenzado a desclasificarlos, llegando a nuevas e interesantes evidencias de los diversos caminos que siguieron los selk’nam que no cayeron víctimas de las armas o las enfermedades.

Un destino importante de la población selk’nam, como ha investigado profusamente Joaquín Bascopé, “fue el secuestro y adopción forzada de niños fueguinos como una práctica masiva, motivada por la falta de servidumbre, que involucró no sólo a misioneros, sino que se extendió entre funcionarios y empresarios”.²⁴ En el caso de las capturas, donde incluso hay registros de remates de indígenas,²⁵ se daba en el marco de carencias de mano de obra y servidumbre que experimentaba la región a las crecientes necesidades de un territorio pujante. La proletarización en faenas estancieras o en la

¹⁹ CVHNT, 2008:495

²⁰ Wolfe, 2008.

²¹ Harambour, 2018.

²² Alonso, 2019.

²³ Bascopé, 2019.

²⁴ Bascopé, 2019.

²⁵ Vega y Grendi, 2002.

servidumbre doméstica no sólo se dio en el contexto de capturas, sino también de establecimiento de contactos permanentes entre la población selk'nam y los trabajadores de las estancias.

En el caso de las adopciones de niños y niñas, muchos de estos y estas se integraron socialmente a través de sus nuevas familias (parentesco, estudios, comercio), o mediante el trabajo (servidumbre doméstica) o la “chilenidad” (servicio militar). En estos casos, los registros judiciales, educacionales, militares y otros, muestran diversas experiencias y trayectorias vitales.

Muchos selk'nam ante “las condiciones de constante persecución y crueldad de los estancieros, [emprendieron] la huida [...] hacia los bosques de la cordillera”.²⁶ Esta población quedó progresivamente cercada y entró en contacto con la población de las estancias, en especial con la policía de frontera, que eran funcionarios gubernamentales que cumplían labores de resguardo de los lindes de las estancias, registrando éstos uniones de hecho con mujeres selk'nam, generando así descendencia.

Finalmente, estos contactos, vínculos e integración entre la población Selk'nam y la población de las estancias, generó en el lado argentino la comunidad selk'nam Rafaela Ishton que persiste hasta nuestros días, teniendo reconocimiento oficial por parte del Estado argentino.²⁷

En los últimos años, estos trazos han emergido y proliferado a través de diversos ejercicios de memoria familiar. Un ejemplo de este proceso es el libro de Margarita Angélica Maldonado, “*Entre dos mundos. Pasado y presente de los habitantes Selk'nam-Haus de Tierra del Fuego*”. Además, están los registros de historias de vida que ha realizado la Universidad Cardenal Silva Henríquez, en su programa de Interculturalidad, en conjunto con la Corporación Covadonga Ona, orientado a la visibilización del pueblo selk'nam.²⁸

Todos estos elementos invitan a repensar lo que se ha entendido como exterminio o extinción del pueblo selk'nam. Es más, llama a revisar el concepto de etnicidad sobre los que dichas nociones se han construido. Como plantea Harambour, hay que pensar la persistencia desde como se ha

[...] quebrando la transmisión de la memoria intergeneracional e instalando en los sobrevivientes el miedo y la negación, la subordinación, la impotencia. Sobre los sobrevivientes caen la duda y el desdén, y caen las ruinas de vidas que fueron plenas. El brutal rito de paso por el apocalipsis impone a los hijos e hijas de los sobrevivientes un secreto calladamente orgulloso, muchas veces vergonzante, siempre peligroso por derrotado, y resistente, de alguna manera, entre pliegues de la memoria.²⁹

²⁶ CVHNT, 2008:501.

²⁷ Así se desprende de la lista oficial de comunidades indígenas con personalidad jurídica publicada en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019). Por su parte, la Ley N° 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a Comunidades Aborígenes, no entrega un listado de pueblos reconocidos, sino que reconoce como tales “a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad” (art. 2°).

²⁸ Tocornal, s.f.

²⁹ Harambour, 2019.

4. Elementos para repensar a los selk'nam hoy

Es evidente que los procesos de despojo de su hábitat, el destierro, la desvinculación familiar mediante adopción o capturas, la violencia y la negación de su identidad cultural en tanto derrota, vergüenza y sobrevivencia,³⁰ configuran elementos que se repiten en las diferentes historias de vida y relatos de los familiares de los sobrevivientes. Estos elementos configuran una experiencia compartida por los familiares de los sobrevivientes, que más allá de la descendencia biológica -- sea como rastro fenotípico o genético -- permite reconstruir una identidad cultural desde fragmentos y una voluntad de la memoria de persistir, que algunos antropólogos han denominado reetnificación.

Por otra parte, en el lado argentino de Tierra del Fuego, la presencia de descendientes selk'nam, con presencia de chilenas dentro de la comunidad, permite aseverar que la presencia territorial en Tierra del Fuego, no obstante haberse visto muy reducida y diezmada, no fue completamente extirpada de ese espacio histórico.

Es tarea del legislador determinar si estos elementos biológicos (descendencia), las experiencias compartidas (identidad cultural, experiencias vitales de despojo y negación), y la persistencia habitando un espacio histórico (Tierra del Fuego), constituyen elementos suficientes para considerar que un determinado grupo humano conforma un pueblo originario heredero de los habitantes selk'nam de Tierra del Fuego.

III. El reconocimiento de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico chileno

El ordenamiento jurídico chileno reconoce a los pueblos indígenas como grupos étnicos descendientes de las poblaciones precolombinas con derechos diferenciados, a partir de la entrada en vigencia de la LDI en 1993. Con anterioridad, existían normas especiales, principalmente para los mapuche, particularmente respecto de la propiedad de la tierra, pero no contenían un reconocimiento general a los pueblos indígenas.³¹

Más tarde, en 2008, se ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en Países Independientes, el cual ofrece nuevos elementos para determinar a los titulares de los derechos que reconoce.

A continuación, se revisa el contenido de ambos cuerpos normativos en relación con el reconocimiento de pueblos indígenas en Chile.

1. Criterios de reconocimiento

La LDI establece los elementos objetivos que constituyen a los grupos indígenas, siguiendo de cerca los lineamientos del Convenio 169 de la OIT. Además, hace un reconocimiento explícito de las "principales etnias" del país y establece las fuentes de etnicidad para las personas que reclaman la condición de indígenas. Adicionalmente reconoce la figura de "comunidad indígena", como grupo

³⁰ La Prensa Austral, 2019.

³¹ También existieron normas especiales para la colonización de Tierra del Fuego y la administración de Isla de Pascua/Rapa Nui (Jara, 1956).

humano de una misma etnia que comparte una herencia común. En este apartado se analizarán los alcances de estos elementos, y la medida en que el pueblo selk'nam cabe en estas instituciones.

1.1. Reconocimiento colectivo

a. Criterios generales

El artículo 1 de la LDI establece los elementos que distinguen a los pueblos indígenas como grupos diferenciados y enumera las principales etnias reconocidas por el Estado.³²

Respecto de lo primero, se establecen tres elementos concurrentes, de carácter objetivo, que determinan la etnicidad de un grupo humano: (i) descendencia de grupos humanos precolombinos; (ii) conservación de manifestaciones étnicas y culturales propias; y (iii) relación identitaria con la tierra.³³

Estos requisitos son coincidentes con lo establecido por el Convenio 169 de la OIT, que al determinar el sujeto al que le son aplicables los derechos que reconoce, señala:

Artículo 1.

1. El presente Convenio se aplica: [...]

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por *el hecho de descender de poblaciones* que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país *en la época de la conquista o la colonización* o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, *conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella.*

2. La *conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican* las disposiciones del presente Convenio. [...]³⁴

Como se puede apreciar, al igual que la LDI, el Convenio exige la continuidad con los grupos humanos precolombinos, y la conservación de al menos algunas manifestaciones socio-culturales propias. Respecto del vínculo particular con la tierra, el Convenio no lo establece como requisito de etnicidad del grupo, pero sí lo reconoce como objeto de protección.³⁵

³² El proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 19.253 utilizaba el concepto "Pueblos Indígenas", el que fue sustituido por "culturas indígena" en la Cámara, y finalmente reemplazado por "etnias". El fundamento de estas modificaciones no fue explícito, pues surgió de una indicación sustitutiva acordada entre el Ejecutivo y diputados de oposición. La historia de la ley solo registra el acta del acuerdo, y no las discusiones que lo precedieron (BCN, 2018c:51-56).

³³ "Artículo 1°.- El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura". En relación con esto último, cabe señalar que el concepto de el Convenio 169 homologa el concepto de "tierra indígena" con el de "territorio indígena", entendiéndose por tal "la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera" (art. 13.2 Convenio 169)..

³⁴ Énfasis añadido.

³⁵ "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 los aspectos colectivos de esa relación".

Adicionalmente, el Convenio agrega como "criterio fundamental" para el reconocimiento colectivo la auto-identificación del grupo concernido como grupo indígena. De esta manera, se prohíbe al Estado imponer la condición indígena a un grupo que no la desea. En consonancia con ello, el artículo 4° del Convenio, relativo a la adopción de medidas especiales de protección de los pueblos y personas indígenas, establece que "tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados". En este sentido, en tanto medida especial de resguardo, el reconocimiento de un pueblo indígena requeriría del consentimiento del pueblo concernido.

b. Reconocimiento explícito

En cuanto a la segunda cuestión, esto es, al reconocimiento explícito, la LDI hace una enumeración de lo que denomina como las "principales etnias indígenas de Chile" reconocidas por el Estado. Esta es la disposición que el proyecto analizado busca modificar.

Aquí cabe preguntarse cuál es el carácter de dicha enumeración. ¿Se trata de una lista taxativa o es, por el contrario, meramente referencial? La redacción de la norma abona esta última interpretación: "El Estado *reconoce como principales etnias* indígenas de Chile a [...]".³⁶ En otras palabras, la lista clausura el número de etnias principales, pero no necesariamente el número de pueblos indígenas ("etnias") del país. Por otro lado, si se tratara de una lista cerrada, los elementos de identificación colectiva establecidos en el artículo 1 podrían resultar superfluos. Además, el texto de la LDI siempre se refiere a "las etnias", y no a "las etnias reconocidas en esta ley", lo que parece reforzar la idea que el reconocimiento es meramente declarativo y no taxativo.

La función de este reconocimiento explícito sería, por un lado evitar que los miembros de dichos pueblos y sus comunidades deban probar la concurrencia de los requisitos legales ante CONADI respecto de su pueblo, para ser considerados indígenas por el Estado. Por otro, operaría como un reconocimiento para la "agregación e integración social efectiva de las etnias como sujetos de derecho en la sociedad", como se afirmó durante la discusión legislativa.³⁷

c. Comunidades indígenas

El artículo 9 reconoce como Comunidad Indígenas a los grupos étnicos que cumplan con uno de los requisitos que establece: (a) provenir sus miembros de un mismo tronco familiar; (b) reconocer una jefatura tradicional; (c) poseer o haber poseído tierras indígenas en común; o (d) provenir de un mismo poblado antiguo. Cumplidas las formalidades establecidas en la propia LDI, CONADI debe registrar a

³⁶ Énfasis añadido.

³⁷ Durante la discusión en Sala en el primer trámite constitucional, el diputado Octavio Jara explicó que el proyecto de ley "[d]efine quiénes son indígenas, como destinatarios de este cuerpo legal; precisa las principales culturales indígenas, y en ese sentido es un factor de agregación e integración social efectivo de las etnias como sujetos de derecho en la sociedad." (BCN, 2018c:100). O sea, por un lado entrega los elementos para determinar quienes son indígenas, y por otro, reconoce a las principales etnias, como forma de reconocimiento social. En efecto, la cuestión oná (selk'nam) estuvo presente a lo largo del debate, no solo como objeto de exterminio (pp. 36, 111, 184), sino también como sujetos de una difícil supervivencia (pp. 136, 286, 287, 393). De hecho, el senador Díaz, defendió la aprobación de la ley como una forma de discriminación positiva y auxilio inmediato para los pueblos del extremo austral, incluyendo a los onas, de manera de evitar su extinción (p. 287).

la comunidad, aunque dentro de 30 días puede objetar la constitución de la misma, si no se hubieren cumplido con los requisitos legales o reglamentarios.³⁸

Cabe tener presente que ni la ley ni el reglamento respectivo exigen que la comunidad pertenezca a alguna de las etnias principales del país. De esta manera, no pareciera existir obstáculo jurídico para que una comunidad selk'nam se registre como Comunidad Indígena, invocando y documentando la ascendencia de sus miembros de un mismo tronco familiar.³⁹ Lo anterior, sin perjuicio de que se les exija a los miembros acreditar la calidad indígena individual, cuestión que se trata a continuación.

1.2. Reconocimiento individual: la acreditación de la calidad indígena

El artículo 2 de la LDI se refiere a la acreditación de la calidad indígena de una persona. Aquí se reconocen tres fuentes de etnicidad: (i) la ascendencia; (ii) la pertenencia identitaria; y (iii) el matrimonio con persona indígena.

La ascendencia transmite la etnicidad de dos maneras. Conforme a la primera, los hijos de padre o madre indígena son considerados indígenas por la ley⁴⁰. Esta fuente de etnicidad solo es aplicable a los pueblos explícitamente reconocidos en la LDI, pues la misma disposición aclara que se refiere a los descendientes de los habitantes originarios de las tierras enumeradas en el artículo 12.1 (tierras *mapuche*) y 12.2 (tierras históricas actualmente poseídas por los pueblos que enumera).⁴¹ En este sentido, los descendientes selk'nam no pueden invocar esta fuente de etnicidad.

La ascendencia también puede invocarse cuando se cuenta al menos con un apellido indígena.⁴² Los apellidos no indígenas pueden ser considerados como tales cuando se acredita su procedencia indígenas por tres generaciones. Esta fuente de etnicidad podría estar habilitada para los selk'nam, en la medida en que puedan demostrar la condición impuesta.

En segundo lugar, la LDI reconoce como indígenas a aquellos "que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual".⁴³ En este caso, se exige además, la auto identificación. En otras palabras, la condición de indígena de una persona que mantenga rasgos culturales indígenas no puede imponerse a quien no se identifique a sí misma como indígena, aunque de acuerdo al reglamento, la auto identificación, una vez declarada ante notario, es permanente e irrenunciable.⁴⁴ La acreditación de la calidad de indígena emanada de esta fuente, al igual que todas las demás, se verifica ante CONADI. El reglamento respectivo señala que la solicitud debe acompañarse con

³⁸ Art. 11 LDI.

³⁹ El reconocimiento de una jefatura tradicional no parece aplicable al caso selk'nam, por tratarse de un proceso de reetnificación. La tierra indígena poseída en común podría invocarse, aunque encuentra una dificultad en el hecho que el artículo 12.2 que define las tierras indígenas históricas, no los incluye, aunque se podría apelar al concepto de tierra indígena del artículo 13 del Convenio 169 de la OIT. Los poblados antiguos tampoco son aplicables, pues se refiere a los poblados del norte del país, como se explicita en la historia de la ley (BCN, 2018c:192)

⁴⁰ Art. 2.a LDI.

⁴¹ Se trata de las "etnias" reconocidas originalmente en la ley (no incluye a los diaguitas, incorporados por la Ley N° 20.117 de 2006.

⁴² Art. 2.b LDI.

⁴³ Art. 2.c LDI.

⁴⁴ Art. 2.e Decreto Supremo N° 392 de 1994 de MIDEPLAN

documentos originales o autenticados legalmente para acreditar la causal que se invoca. De esta manera, los selk'nam también podrían utilizar esta vía para obtener la acreditación, en la medida en que cuenten con antecedentes que respalden su petición.

Finalmente, la ley reconoce como indígenas a los cónyuges de persona indígena, siempre que se autoidentifiquen como tales.⁴⁵

3. Efectos del reconocimiento

El ordenamiento jurídico contempla una serie de derechos y prerrogativas para las comunidades indígenas y los miembros de éstos, principalmente en la ya mencionada LDI, el Convenio 169 de la OIT y la Ley N° 20.249 que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios (Ley Lafkenche), sin perjuicio de otros derechos que emanen del derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, en la medida en que las personas selk'nam cumplan con los requisitos para la acreditación de su calidad indígena, y puedan conformar una Comunidad Indígena, deberían poder acceder a los derechos y prerrogativas señalados. De esta manera, pareciera que el reconocimiento explícito de un pueblo indígena no es estrictamente necesario para obtener los beneficios y derechos asociados a dicha calidad.

Dichos cuerpos normativos reconocen los derechos territoriales, concretados, entre otros, en el derecho a solicitar la compra de tierras (o aguas) comunitarias o individuales a través del Fondo de Tierras y Aguas;⁴⁶ la protección otorgada a dichas tierras a través del artículo 13 de la LDI y del mandato de protección especial del Convenio 169;⁴⁷ el derecho a realizar actividades ceremoniales en tierras fiscales y a solicitar su traspaso;⁴⁸ la posibilidad que la autoridad cree Áreas de Desarrollo Indígena en sus territorios ancestrales para la focalización de su acción en el territorio;⁴⁹ y el derecho a solicitar la destinación de un área costera para la creación de un Espacio costero marino de pueblos originarios en resguardo de sus usos y costumbres, de conformidad a la Ley Lafkenche.

En materia de participación, la LDI los habilita para constituir comunidades y asociaciones indígenas con personalidad jurídica,⁵⁰ sin perjuicio que, a partir de la ratificación del Convenio 169, ha comenzado a reconocerse a las autoridades de derecho propio indígena.⁵¹ En éste ámbito, los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados en forma previa a la adopción de cualquier decisión legislativa o administrativa susceptible de afectarles directamente, conforme al estándar del

⁴⁵ Art. 2.c LDI. Cabe tener presente que solo las letras (a) y (b) del artículo 2 son aplicables para los maori rapa nui (art. 66 LDI). En otras palabras, ni la auto identificación ni el matrimonio operan como fuentes de etnicidad para ellos

⁴⁶ Arts. 20--22 LDI.

⁴⁷ Art. 13 Convenio 169.

⁴⁸ Art. 19 LDI.

⁴⁹ Arts. 26 y 27.

⁵⁰ Art. 9-11

⁵¹ Cfr. art. 6 Reglamento Consulta Previa Indígena, contenido en el [Decreto Supremo N° 66 de 2014](#) del Ministerio de Planificación. Esto se basa en diversas disposiciones del Convenio, como el artículo 8 que reconoce el derecho a mantener sus propias instituciones, y el 6, que establece el deber de consultarlos a través de sus instituciones establece.

Convenio.⁵² También el Convenio les reconoce el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo.⁵³

En relación con la jurisdicción indígena, la LDI les reconoce el derecho a aplicar su propio derecho en litigios entre personas del mismo pueblo indígena y hace aplicable el derecho propio indígena a la sucesión por causa de muerte respecto de tierras. Más genéricamente, el Convenio les reconoce el derecho a conservar sus costumbres e instituciones, cuando sean compatibles con el bloque de derechos constitucionales.⁵⁴

Por otro lado, la calidad de indígena constituye a dichos pueblos como sujetos de políticas públicas orientadas a su desarrollo (vg. Fondo de Desarrollo Indígena) y el fomento de su cultura, incluyendo educación y salud intercultural, entre otras.

Finalmente, aunque no menos importante, está el efecto simbólico del reconocimiento. El pueblo selk'nam fue objeto de una brutal persecución, que bien puede ser calificada como genocidio. En este sentido, el reconocimiento legal podría constituir una forma de reparación y constituir una garantía de no repetición.

⁵² Art. 6 Convenio 169. El citado reglamento limita este derecho a los pueblos expresamente reconocidos en la LDI (art. 5 DS 66).

⁵³ Art. 7 Convenio 169.

⁵⁴ Art. 8. En materia pena. se reconocen los sistemas propios par la represión de delito, pero solo en la medida en que sean compatibles con el ordenamiento jurídico nacional y con los derechos internacionalmente reconocidos. El Tribunal Constitucional ha señalado que la justicia propia indígena es incompatible con el sistema jurídico nacional, entre otras cosas, por violar el artículo 76 constitucional que exige que entrega el ejercicio de la jurisdicción en forma exclusiva a "los tribunales establecidos por la ley" (cfr. STC 309-2001).

Bibliografía

- Alonso, José L. (2019). *Selk'nam: Genocidio y resistencia*. Santiago de Chile: Catalonia.
- Bascope, Joaquín. (2011). Bajo tuición. Infancia y extinción en la historia de la colonización fueguina. (Sentidos coloniales II). *Corpus. Archivos virtuales de la alteridad Americana*, 1 (1):1-24.
- (2019). En un área de tránsito polar: desde el establecimiento de líneas regulares de vapores por el estrecho de Magallanes (1872) hasta la apertura del canal de Panamá (1914), Punta Arenas: Ediciones CoLibris.
- BCN. (2018a). Reconocimiento del pueblo chango Alcances legales del proyecto de ley. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. y Felipe Rivera. Disponible en: <http://bcn.cl/2cqgl> (enero, 2020).
- (2018b). Historia de la Ley N° 20.117. Establece normas sobre Pueblos Indígenas con el objeto de reconocer la existencia y atributos de la Etnia Diaguita y la calidad de Indígena Diaguita.
- (2018c). Historia de la Ley N° 19.253. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena [sic]. Disponible en: <http://bcn.cl/22pt3> (enero, 2010).
- Bengoa, José. (1990). Breve historia de la legislación indígena en Chile. Comisión Especial de Pueblos Indígenas.
- Casali, Romina y Ricardo Guichón. (2010). Los Selk'nam en la Misión la Candelaria: Aportes historiográficos al proceso de contacto en el norte de Tierra del Fuego, desde un abordaje interdisciplinario. En Dora Celton,, María Guirardi y Adrián Carbonetti. *Poblaciones Históricas: fuentes, métodos y líneas de investigación*. Rio de Janeiro: Asociación Latinoamericana de Población.-
- Chapman, Anne. (1986). *Los Selk'nam. La vida de los onas*. Buenos Aires: Emecé Editores.
- CNCA. (s.f.). Recomendaciones para nombrar y escribir sobre pueblos indígenas. Disponible en: <http://bcn.cl/25mpp> (julio, 2018).
- Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003). Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato. Volumen I.
- CVHNT. (2008). Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas [Editado por el Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas. Santiago de Chile] [pdf].
- Gusinde, Martín. (1951). *Hombres primitivos de Tierra del Fuego*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispanoamericanos.
- Harambour, Alberto. (2018). Los prohombres y los extintos. Patrimonio, identidad e historiografía regional en Magallanes. *Cuadernos de Historia*, 48:57-88.
- (2019). Prólogo. Enter el espanto y la ternura. En José Luis Alonso. *Selk'nam: Genocidio y resistencia*. Santiago de Chile: Catalonia.

- Jara, A. (1956). Legislación Indigenista de Chile. México: Instituto Indigenista Interamericano.
- La Prensa Austral. (2019). Caramelo, el selknam sonriente. 20/12/19. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu48>(enero, 2020).
- Martinic, Mateo. (1992). Historia de la Región Magallánica. Vol. I. Punta Arenas: Universidad de Magallanes.
- Maldonado, María A. (2014). *Entre dos mundos: pasado y presente de los habitantes Selk'nam--Haus de Tierra del Fuego*. Tierra del Fuego: Editora Cultural Tierra del Fuego.
- Massone, Mauricio, Donald Jackson y Alfredo Prieto. (1983). Perspectiva Arqueológica de los Selk'nam. Santiago: Centro de Investigaciones Diego Barros Arana.
- Menard, Andrés. (2017). El exterminio como patrimonio. *Revista Chilena de Antropología*, (36):35-343.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [Argentina]. (2019). Listado de comunidades indígenas - 2019 [xls]. Disponible en: <http://bcn.cl/2ctx5> (enero, 2020).
- Moción Parlamentaria. (2019). Modifica la ley N° 19.253 que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, con el fin de incorporar al pueblo Selk'nam entre las principales etnias indígenas reconocidas por el Estado [boletín N.º 12.862-17]. Disponible en: <http://bcn.cl/2cqko> (enero, 2020).
- Tocornal, María C. (s.f.). Interculturalidad en la Universidad del Cardenal. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu3e> (enero, 2020).
- Vega Carlos y Paola Grendi. (2002) . *Vejámenes Inferidos a Indígenas de Tierra del Fuego*, Tomo III, Documentos. Punta Arenas: CONADI.
- Wolfe, Patrick. (2008). Settler colonialism and the elimination of the native. *Journal of Genocide Research*, 8(4):387-409.

Disclaimer

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



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)